



WESTFÄLISCHE
WILHELMS-UNIVERSITÄT
MÜNSTER

Der Schutz schwerbehinderter Arbeitnehmer vor dem Verlust des Arbeitsplatzes durch Prävention

**Eine Untersuchung der Effektivität der auf Kündigungsprävention
ausgerichteten Schutzvorschriften zugunsten schwerbehinderter
Arbeitnehmer**

Caroline Kleinertz

Caroline Kleinertz

Der Schutz schwerbehinderter Arbeitnehmer vor dem Verlust des Arbeitsplatzes durch Prävention

Eine Untersuchung der Effektivität der auf Kündigungsprävention ausgerichteten Schutzvorschriften zugunsten schwerbehinderter Arbeitnehmer

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Westfälischen
Wilhelms-Universität zu Münster

Erstberichterstatter: Prof. Dr. Heinz-Dietrich Steinmeyer

Zweitberichterstatter: Prof. Dr. Peter Schüren

Dekan: Prof. Dr. Hans-Michael Wolfgang

Tag der mündlichen Prüfung: 26.07.2011

Caroline Kleinertz

Der Schutz schwerbehinderter Arbeitnehmer vor dem Verlust des Arbeitsplatzes durch Prävention



WESTFÄLISCHE
WILHELMS-UNIVERSITÄT
MÜNSTER

Wissenschaftliche Schriften der WWU Münster

Reihe III

Band 7

Caroline Kleinertz

Der Schutz schwerbehinderter Arbeitnehmer vor dem Verlust des Arbeitsplatzes durch Prävention

Eine Untersuchung der Effektivität der auf Kündigungsprävention
ausgerichteten Schutzvorschriften zugunsten schwerbehinderter
Arbeitnehmer

Wissenschaftliche Schriften der WWU Münster

herausgegeben von der Universitäts- und Landesbibliothek Münster
<http://www.ulb.uni-muenster.de>

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek:

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Dieses Buch steht gleichzeitig in einer elektronischen Version über den Publikations- und Archivierungsserver der WWU Münster zur Verfügung.

<http://www.ulb.uni-muenster.de/wissenschaftliche-schriften>

Caroline Kleinertz

„Der Schutz schwerbehinderter Arbeitnehmer vor dem Verlust des Arbeitsplatzes durch Prävention. Eine Untersuchung der Effektivität der auf Kündigungsprävention ausgerichteten Schutzvorschriften zugunsten schwerbehinderter Arbeitnehmer“

Wissenschaftliche Schriften der WWU Münster, Reihe III, Band 7

© 2012 der vorliegenden Ausgabe:

Die Reihe „Wissenschaftliche Schriften der WWU Münster“ erscheint im Verlagshaus Monsenstein und Vannerdat OHG Münster
www.mv-wissenschaft.com

ISBN 978-3-8405-0048-0 (Druckausgabe)
URN [urn:nbn:de:hbz:6-82409407950](http://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:hbz:6-82409407950) (elektronische Version)

direkt zur Online-Version:

© 2012 Caroline Kleinertz
Alle Rechte vorbehalten

Satz: Caroline Kleinertz
Umschlag: MV-Verlag
Druck und Bindung: MV-Verlag



Für Mama, Tina und Flo

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2010/2011 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen-Wilhelms Universität Münster als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung wurden bis Oktober 2010 berücksichtigt.

Der Weg dieser Arbeit war nicht frei von Hindernissen, viele Wegbegleiter haben aber dazu beigetragen, dass ich die Arbeit fertig stellen konnte. Ihnen möchte ich danken.

Mein Dank gilt zunächst meinem Doktorvater, Prof. Dr. Heinz-Dietrich Steinmeyer, der das Thema der Arbeit mit angeregt und stets mit wertvollen und sehr konstruktiven Hinweisen das Gelingen der Arbeit gefördert hat. Danken möchte ich auch Prof. Dr. Peter Schüren für die Erstellung des Zweitgutachtens und für seine ebenfalls konstruktiven Hinweise.

Weitere Wegbegleiter, denen mein besonderer Dank gilt, sind Dr. Stefan Middendorf, der mit stetigem Nachfragen nach dem Stand der Arbeit den bisweilen notwendigen Druck erzeugt und mich immer motiviert hat. Ich danke auch Dr. Martin Kock, der mir viele Anregungen für das Gelingen der Arbeit gegeben hat.

Danken möchte ich ganz besonders auch meiner Schwester Katharina Kleinertz und meinem Freund Florian Kirchmann, die viele Seiten dieser Arbeit gelesen haben. Ohne ihre Unterstützung und ihren Zuspruch hätte ich es nicht geschafft, die Arbeit fertig zu stellen.

Last but not least bedanke ich mich bei meiner Mutter, die durch ihre Unterstützung meine Ausbildung und damit das Schreiben dieser Arbeit erst möglich gemacht hat und mir immer Mut gemacht hat.

Köln, im Dezember 2011

Caroline Kleinertz

Inhaltsverzeichnis

Erster Teil: Einleitung und Grundlagen der Bearbeitung	1
A. Einleitung	1
I. Anlass und Ziel der Bearbeitung	1
II. Gang der Untersuchung	4
III. Einschränkungen der Untersuchung	7
1. Kündigungsprävention nach den §§ 102 BetrVG, 95 und 85 SGB IX	7
2. Prävention der betriebsbedingten Kündigung	9
3. Prävention nach dem Arbeitsschutzrecht	10
4. Prävention außerhalb des Anwendungsbereichs des Kündigungsschutzgesetzes	11
B. Grundlagen	11
I. Der Begriff der Prävention im Kündigungsschutzrecht zugunsten schwerbehinderter Arbeitnehmer	11
II. Der Begriff der Behinderung und Schwerbehinderung	15
1. Einführung: Die Unterscheidung zwischen Behinderung und Schwerbehinderung im Kündigungsschutzrecht	15
2. Der Begriff der Behinderung	15
a. Die Beeinträchtigung der Teilhabe an der Gesellschaft	16
b. Medizinisch feststellbares Defizit	17
c. Regelwidrigkeit des medizinisch feststellbaren Defizits	18
d. Funktionsbeeinträchtigung	19
e. Dauerhafte Abweichung von dem für das Lebensalter typischen Zustand	20
3. Der Begriff der Schwerbehinderung	21

Zweiter Teil: Gegenstand und Zwecksetzung der zugunsten schwerbehinderter Arbeitnehmer bestehenden kündigungspräventiven Vorschriften	23
A. Einführung	23
B. Primärprävention nach § 81 SGB IX	23
I. Gegenstand und Zielsetzung der Arbeitgeberpflichten aus § 81 Abs. 3, Abs. 4 und Abs. 5 SGB IX	23
1. Die Pflicht zur fähigkeitsgerechten Beschäftigung	25
2. Die Pflicht zur behindertengerechten Einrichtung und Unterhaltung der Arbeitsbedingungen	26
3. Die Pflicht zur Förderung der beruflichen Bildung	28
II. Zwischenergebnis	29
C. Sekundärprävention nach § 84 SGB IX	30
I. Einführung	30
II. Gegenstand und auslösender Tatbestand des Präventionsverfahrens	31
1. Gegenstand des Präventionsverfahrens	31
2. Die im Rahmen des Präventionsverfahrens zu beteiligenden Stellen	36
3. Der Eintritt von Schwierigkeiten als auslösender Tatbestand des Präventionsverfahrens	39
4. Zwischenergebnis	41
III. Gegenstand und auslösender Tatbestand des BEM	41
1. Gegenstand des BEM	41
2. Die im Rahmen des BEM zu beteiligenden Stellen	44
3. Auslösender Tatbestand des BEM	45
a. Sechs Wochen bestehende Arbeitsunfähigkeit	45
b. Ursache der Arbeitsunfähigkeit	48
4. Zwischenergebnis	49
5. Verhältnis des BEM zum Präventionsverfahren	50
IV. Umfang der von § 84 SGB IX angestrebten Kündigungsprävention	53

1.	Die Anwendbarkeit des § 84 SGB IX in den ersten sechs Monaten der Beschäftigung	54
a.	Regelungslücke im Rahmen des § 84 Abs. 1 und Abs. 2 SGB IX	56
aa.	Die <i>ratio legis</i> des Präventionsverfahrens nach § 84 Abs. 1 SGB IX	57
bb.	Die <i>ratio legis</i> des BEM nach § 84 Abs. 2 SGB IX	60
cc.	Zwischenergebnis	64
b.	Analoge Anwendung des § 90 Abs. 1 Nr. 1 SGB IX	64
2.	Präventionsverfahren und BEM vor Ausspruch der Kündigung	68
3.	§ 84 SGB IX im Vorfeld von außerordentlicher Kündigung und Änderungskündigung	69
a.	Die Anwendbarkeit des § 84 SGB IX im Vorfeld der Änderungskündigung	69
aa.	Präventionsverfahren im Vorfeld der Änderungskündigung	70
bb.	BEM im Vorfeld der Änderungskündigung	73
cc.	Zwischenergebnis	74
b.	Die Anwendbarkeit des § 84 SGB IX im Vorfeld der außerordentlichen Kündigung	75
aa.	Anhaltspunkte aus dem Wortlaut des § 84 SGB IX	75
bb.	Gesetzessystematischer Zusammenhang mit §§ 102 BetrVG, 85 SGB IX	76
cc.	Unvereinbarkeit mit der 2-Wochen-Frist nach § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB und § 91 Abs. 2 Satz 1 SGB IX	78
dd.	Übermäßige Beeinträchtigung der arbeitgeberseitigen Gestaltungsfreiheit	84
	(1) Die in § 84 SGB IX in Ausgleich zu bringenden Grundrechtspositionen	84

(2)	Die verfassungsrechtliche Wertung aus § 626 BGB 86	
(3)	Interventionspflicht nur bei Zusammenhang zwischen Kündigungsgründen und Behinderung	88
c.	Zwischenergebnis	92
4.	Die Anwendbarkeit des § 84 SGB IX bei atypischen Beschäftigungsformen	93
a.	Die Anwendbarkeit des § 84 SGB IX im Rahmen des befristeten Arbeitsverhältnisses	93
b.	Die Anwendbarkeit im Rahmen des faktischen Arbeitsverhältnisses	94
c.	Zwischenergebnis	96
5.	Entbehrlichkeit von Präventionsverfahren und BEM	97
a.	Entbehrlichkeit des Präventionsverfahrens	97
b.	Entbehrlichkeit des BEM	99
D.	Zusammenfassung	100

Dritter Teil: Die Effektivität der §§ 81, 84 SGB IX im Hinblick auf das Ziel der Kündigungsprävention **102**

A.	Einleitung	102
I.	Fehlen empirischer Erkenntnisse	102
II.	<i>Rechtsfolgenbetrachtung</i> als alternativer Maßstab zur Bewertung der Effektivität	104
B.	Möglichkeiten zur Durchsetzung der Pflichten aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX und aus § 84 SGB IX	106
I.	Einführung	106
II.	Individualrechtliche Durchsetzungsmöglichkeiten	107
1.	Erfüllungsanspruch des Arbeitnehmers	107
2.	Leistungsverweigerungsrechte des Arbeitnehmers	112
3.	Schadensersatzansprüche des Arbeitnehmers	113
III.	Kollektivrechtliche Durchsetzungsmöglichkeiten	114
1.	Durchführungsanspruch von Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung	115

a.	Anspruch aus der Pflicht zur Überwachung und Kontrolle des Arbeitgebers	115
b.	Anspruch aus §§ 84 und 81 SGB IX selbst	116
aa.	Anspruch aus § 84 Abs. 2 SGB IX	116
bb.	Anspruch aus § 84 Abs. 1 SGB IX	118
cc.	Anspruch aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX	121
c.	Zwischenergebnis	121
2.	Durchsetzung über den Abschluss einer Betriebs- oder Integrationsvereinbarung	122
a.	Durchsetzung über den Abschluss einer Betriebsvereinbarung	122
aa.	Durchführungsanspruch des Betriebsrates aus einer Betriebsvereinbarung	122
bb.	Möglichkeiten des Betriebsrates zur einseitigen Durchsetzung des Abschlusses einer Betriebsvereinbarung über § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX und § 84 SGB IX	125
(1)	Bestehen von Mitbestimmungsrechten des Betriebsrates nach § 87 BetrVG bei der Einführung betriebseinheitlicher Regelungen über §§ 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX	126
(2)	Bestehen von Mitbestimmungsrechten des Betriebsrates nach § 87 BetrVG bei der Einführung betriebseinheitlicher Regelungen über § 84 SGB IX	129
(a)	Grundsätzliche Einwendungen gegen das Bestehen von Mitbestimmungsrechten	130
(b)	Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG	132
(c)	Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG	137
(d)	Mitbestimmung wegen eines erhöhten Schutzbedürfnisses der Arbeitnehmer	141
(3)	Einseitige Durchsetzung des Abschlusses einer Betriebsvereinbarung über § 84 SGB IX durch die Anrufung der Einigungsstelle	142

cc.	Zwischenergebnis	143
b.	Durchsetzung über den Abschluss einer Integrationsvereinbarung	144
aa.	Durchführungsanspruch von Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung aus einer Integrationsvereinbarung	146
bb.	Möglichkeiten des Betriebsrates und der Schwerbehindertenvertretung zur einseitigen Durchsetzung des Abschlusses einer Integrationsvereinbarung	149
(1)	Anspruch auf Verhandlungen und auf Abschluss einer Integrationsvereinbarung aus § 83 Abs. 1 Satz 2 und Satz 3 SGB IX	149
(2)	Sonstige Durchsetzungsmöglichkeiten aus dem SGB IX	152
cc.	Zwischenergebnis	153
c.	Ergebnis	153
3.	Möglichkeiten des Betriebsrates zur zukünftigen Durchsetzung der Interventionspflichten aus § 84 SGB IX auf Grundlage des § 23 Abs. 3 BetrVG	154
a.	Anwendbarkeit des § 23 Abs. 3 BetrVG in Bezug auf das Präventionsverfahren	155
aa.	Die Merkmale des durch das Betriebsverfassungsgesetz begründeten Rechtsverhältnisses zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat	156
bb.	Konsequenzen für die aus dem betriebsverfassungsrechtlichen Verhältnis folgende Pflichtenstruktur und die Einstufung der Präventionsverpflichtung	160
b.	Anwendbarkeit des § 23 Abs. 3 BetrVG in Bezug auf das BEM	161
c.	Durchführungsanspruch nach § 23 Abs. 3 BetrVG nur bei groben Verstößen	163
d.	Zwischenergebnis	164

IV.	Ergebnis zu den Durchsetzungsmöglichkeiten der Pflichten aus § 81 Abs. 4 , Abs. 5 SGB IX und aus § 84 SGB IX	164
C.	Auswirkungen auf das Kündigungsrecht des Arbeitgebers bei Nichtbeachtung der Pflichten aus §§ 81 Abs. 4, Abs. 5, 84 SGB IX	166
I.	Einleitung	166
II.	Präventionsverfahren und BEM als formelle Wirksamkeitsvoraussetzung für die arbeitgeberseitige Kündigung	168
III.	Einschränkungen des Kündigungsrechts im Rahmen der Anhörungsverfahren nach § 102 BetrVG und § 95 Abs. 2 SGB IX	171
1.	Bedeutung der Verfahren nach § 102 BetrVG und § 95 Abs. 2 Satz 1 SGB IX	172
2.	Einschränkungen des Kündigungsrechts über eine ablehnende Stellungnahme	173
IV.	Einschränkungen des Kündigungsrechts über einen vorbeugenden Unterlassungsanspruch	174
1.	Vorbeugender Unterlassungsanspruch bei § 84 Abs. 1 SGB IX	175
2.	Vorbeugender Unterlassungsanspruch bei § 84 Abs. 2 SGB IX	178
a.	Dogmatische Herleitung des Unterlassungsanspruchs	179
b.	Voraussetzungen für die Anerkennung des Unterlassungsanspruchs nach dem BetrVG	182
aa.	Das betriebsverfassungsrechtliche Sanktionensystem als Maßstab für die Anerkennung des Unterlassungsanspruchs	183
bb.	Die Differenzierung nach der Qualität des Beteiligungsrechts als Maßstab für die Anerkennung des Unterlassungsanspruchs	185
(1)	Unterlassungsanspruch bei den <i>schwachen</i> Mitwirkungsrechten des BetrVG	187

(2) Unterlassungsanspruch	bei	
§ 84 Abs. 2 Satz 6 SGB IX		191
(3) Zwischenergebnis		192
cc. Der Maßstab der <i>funktional eigenen Rechts-</i> <i>position</i> des Betriebsrates		193
c. Zwischenergebnis		195
V. Einschränkungen des Kündigungsrechts im Rahmen des Zustimmungsverfahrens vor dem Integrationsamt nach § 85 SGB IX		196
1. Die Durchführung eines Präventionsverfahrens bzw. BEM als formelle Rechtmäßigkeitvoraussetzung für den Antrag nach § 85 SGB IX		197
2. Sonstige Auswirkungen einer Nichtbeachtung des § 84 SGB IX auf die Zustimmungsentscheidung des Integrationsamtes		201
a. Gegenstand des Zustimmungsverfahrens		202
b. Die Entscheidungsgrundlage des Integrations- amtes		204
c. Auswirkungen eines unterbliebenen Präventions- verfahrens bzw. BEM auf die Entscheidung des Integrationsamtes		206
d. Zwischenergebnis		208
3. Ergebnis		209
VI. Einschränkungen des Kündigungsrechts im Rahmen des Kündigungsschutzverfahrens		210
1. Auswirkungen einer Missachtung der Pflichten aus § 81 Abs. 4 und Abs. 5 SGB IX		211
a. Nichtigkeit der arbeitgeberseitigen Kündigung nach § 134 BGB		213
b. Unwirksamkeit der arbeitgeberseitigen Kündi- gung nach § 242 BGB		216
c. Unwirksamkeit der arbeitgeberseitigen Kündi- gung nach § 138 BGB bei vorsätzlicher Missachtung der Vorgaben aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX		220

d.	Unwirksamkeit der arbeitgeberseitigen Kündigung bei fahrlässiger Missachtung der Vorgaben aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX	222
aa.	Die arbeitsbedingte Kündigung als Fall der betriebsbedingten Kündigung	223
bb.	Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit als Anknüpfungspunkt für den Einfluss des § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX auf das Kündigungsrecht des Arbeitgebers	227
cc.	Einfluss der Pflichten aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX	230
dd.	Grenzen der Pflichten aus § 81 Abs. 4 und Abs. 5 SGB IX	232
	(1) Rechtliche Unmöglichkeit wegen entgegenstehender Beteiligungsrechte des Betriebsrates	232
	(2) Rechtliche Unmöglichkeit wegen entgegenstehender Vertragsrechte oder Rechtspositionen anderer Arbeitnehmer	233
	(3) Tatsächliche Unmöglichkeit der Weiterbeschäftigung	237
	(4) Unverhältnismäßigkeit der Aufwendungen	239
e.	Ergebnis	241
2.	Auswirkungen einer Missachtung der Pflichten aus § 84 SGB IX	244
a.	Auswirkungen auf die materiellrechtliche Wirksamkeit der Kündigung	244
aa.	§ 84 SGB IX als sanktionsloser Programmsatz	245
bb.	Nichtigkeit einer Kündigung nach § 134 BGB bei Missachtung des § 84 SGB IX	247
cc.	§ 84 SGB IX als besondere Konkretisierung des ultima ratio-Grundsatzes	248
dd.	Zwischenergebnis	252
b.	Auswirkungen auf das arbeitgeberseitige Prozessrisiko	253

aa.	Die grundsätzliche Darlegungs- und Beweislast im Kündigungsschutzverfahren	254
bb.	Erhöhte Darlegungs- und Beweisführungslast des Arbeitgebers durch § 84 SGB IX	256
cc.	Auswirkung einer positiven Entscheidung des Integrationsamtes im Rahmen des Zustimmungsverfahrens nach § 85 SGB IX	261
dd.	Erleichterungen der Darlegungs- und Beweisführungslast des Arbeitnehmers bei Nichtbeachtung der Pflichten aus § 84 SGB IX	270
ee.	Ergebnis	273
D.	Gesamtergebnis zur Effektivität der §§ 81 Abs. 4, Abs. 5, 84 SGB IX im Hinblick auf das Ziel der Kündigungsprävention	274
Vierter Teil: Einfluss der Benachteiligungsverbote des AGG auf die Effektivität der §§ 81 Abs. 4, Abs. 5, 84 SGB IX		279
A.	Die Nichtbeachtung der Pflichten aus §§ 81 Abs. 4, Abs. 5, 84 SGB IX als Form der Benachteiligung schwerbehinderter Arbeitnehmer	281
I.	Unmittelbare Benachteiligung	282
II.	Mittelbare Benachteiligung	285
III.	Benachteiligungsform sui generis	290
1.	Die Entscheidung des EuGH vom 11. Juli 2006 - Rechtssache Chacón Navas	290
2.	Stimmen in der deutschen Literatur	292
3.	Stellungnahme	292
a.	Objektiv-teleologische Auslegung der Rahmenrichtlinie	293
b.	Systematische und historische Auslegung der Rahmenrichtlinie	296
4.	Zwischenergebnis	298
IV.	Ergebnis	299

B.	Sonstige Einordnung einer Nichtbeachtung der Pflichten aus §§ 81 Abs. 4, Abs. 5, 84 SGB IX in das AGG	300
I.	Ausschluss der Rechtfertigung einer Benachteiligung nach § 8 Abs. 1 AGG	300
1.	Anwendbarkeit des § 8 Abs. 1 AGG bei der negativen Anknüpfung an das Nichtvorliegen eines bestimmten Merkmals	301
2.	Voraussetzungen des Rechtfertigungstatbestandes nach § 8 Abs. 1 AGG	303
3.	Zwischenergebnis zur Einordnung einer Nichtbeachtung der §§ 81, 84 SGB IX in das AGG über die Rechtfertigungsebene	305
II.	Einordnung über die Tatbestandsebene der Benachteiligung: Vermutung einer diskriminierenden Motivlage des Arbeitgebers	306
1.	Die Rechtsprechung des BAG zur Benachteiligung Schwerbehinderter nach § 81 Abs. 2 SGB IX a.F. bei der Einstellung und im Bewerbungsverfahren	307
2.	Übertragbarkeit der Rechtsprechung auf die Fälle der Nichtbeachtung der §§ 81 Abs. 4, Abs. 5, 84 SGB IX	308
III.	Folgen der Vermutung einer diskriminierenden Motivlage	311
1.	Folgen im laufenden Arbeitsverhältnis	311
2.	Folgen für die Wirksamkeit einer Kündigung	314
a.	Anwendbarkeit des AGG bei Kündigungen: Die Bereichsausnahme nach § 2 Abs. 4 AGG	315
aa.	Die Entscheidung des BAG vom 6. November 2008	315
bb.	Stellungnahme	317
cc.	Zwischenergebnis	321
b.	Europarechtswidrigkeit der Bereichsausnahme nach § 2 Abs. 4 AGG	321
aa.	Hinreichender Schutz vor offensichtlich diskriminierenden Kündigungen durch das allgemeine Kündigungsschutzrecht	322

bb.	Hinreichender Schutz vor versteckt diskriminierenden Kündigungen durch das allgemeine Kündigungsschutzrecht	323
(1)	Richtlinienkonforme Auslegung der §§ 138, 242 BGB	324
(2)	Richtlinienkonforme Auslegung des § 612a BGB	331
(3)	Versteckt diskriminierende Kündigung als Fall der herausgreifenden Kündigung	332
(4)	Unwirksamkeit der versteckt diskriminierenden Kündigung nach § 1 Abs. 2 KSchG und § 626 BGB	332
(5)	Zwischenergebnis	336
cc.	Vereinbarkeit einer Schutzlücke bei versteckt diskriminierenden Kündigungen mit den Vorgaben der Rahmenrichtlinie	336
dd.	Ergebnis: Europarechtswidrigkeit der Bereichsausnahme des § 2 Abs. 4 AGG	338
c.	Konsequenzen der Europarechtswidrigkeit des § 2 Abs. 4 AGG für die Wirksamkeit der Kündigung eines schwerbehinderten Arbeitnehmers	339
aa.	Richtlinienkonforme Auslegung oder Teilreduzierung des § 2 Abs. 4 AGG	340
bb.	Anwendung oder Außerachtlassung des § 2 Abs. 4 AGG	344
cc.	Stellungnahme	345
d.	Ergebnis	348
IV.	Ergebnis zur Einordnung einer Nichtbeachtung der Pflichten aus §§ 81 Abs. 4, Abs. 5, 84 SGB IX in das AGG	350
C.	Gesamtergebnis zu dem Einfluss der Benachteiligungsverbote des AGG auf die Effektivität der §§ 81 Abs. 4, Abs. 5, 84 SGB IX	352

Fünfter Teil: Zusammenfassung der Ergebnisse und Vorschlag für eine Stärkung der Effektivität der §§ 81 Abs. 4, Abs. 5, 84 SGB IX	355
A. Zusammenfassung der Ergebnisse	355
I. Die Effektivität des präventiven Kündigungsschutzes nach § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX	356
II. Die Effektivität des präventiven Kündigungsschutzes nach § 84 SGB IX	359
III. Der Einfluss der Benachteiligungsverbote des AGG auf die Effektivität der §§ 81 Abs. 4, Abs. 5, 84 SGB IX	365
B. Schlussbetrachtung: Vorschlag für eine Stärkung der kündigungspräventiven Vorschriften	368
Literaturverzeichnis	374

Erster Teil: Einleitung und Grundlagen der Bearbeitung

A. Einleitung

I. Anlass und Ziel der Bearbeitung

Auch sieben Jahre nachdem die Europäische Union das Jahr 2003 offiziell zum *Jahr der Behinderten* erklärt hat, ist die Beschäftigungssituation schwerbehinderter Menschen schlecht.

Trotz der vielfältigen Bemühungen des deutschen Gesetzgebers, durch Novellierungen des Schwerbehindertenrechts die Integration schwerbehinderter Menschen in Beruf und Beschäftigung zu verbessern, ist die Arbeitslosenzahl innerhalb dieser besonderen Beschäftigtengruppe in Deutschland nach wie vor hoch. Im Jahresdurchschnitt 2005 lag sie bei über 18 % und damit deutlich über der allgemeinen Arbeitslosenquote von 13 %. Auch die zwischen 2006 und 2007 zu verzeichnende Verbesserung der konjunkturellen Lage und die damit einhergehende günstige Entwicklung der Beschäftigungsstruktur kam bei der Beschäftigung schwerbehinderter Menschen nur verzögert an. Während die allgemeine Arbeitslosenquote ab dem Jahr 2006 rückläufig war, erreichte die spezifische Arbeitslosigkeit unter schwerbehinderten Menschen im Jahr 2006 eine Rekordhöhe. Erst seit Anfang des Jahres 2007 nahm auch bei schwerbehinderten Menschen die Arbeitslosigkeit langsam ab,¹ allerdings weit weniger als die allgemeine Arbeitslosigkeit unter nicht behinderten Menschen.² Inzwischen hat die Finanz- und Wirtschaftskrise diese

¹ Vgl. hierzu die Ausführungen im Jahresbericht 2007/2008 des BIH, Bundesarbeitsgemeinschaft der Integrationsämter und Hauptfürsorgestellen, Hilfen für schwerbehinderte Menschen im Beruf, S. 12, veröffentlicht im Internet unter http://www.integrationsaemter.de/files/602/JB_BIH2009.pdf, (letzter Abruf am 24. 10. 2010).

² So ist die Arbeitslosigkeit unter schwerbehinderten Menschen in den Monaten Januar bis Mai 2007 um nur ca. 4 % gesunken, während die allgemeine Arbeitslosigkeit um mehr als 10 % gesunken ist, vgl. zu dem statistischen Material BIH, Bundesarbeitsgemeinschaft der Integrationsämter und Hauptfürsorgestellen, Jahresbericht 2006/2007, Hilfen für schwerbehinderte Menschen im Beruf, S. 14, veröffentlicht im Internet unter http://www.hauptfuersorgestellen.de/files/602/JB_BIH07_web.pdf, (letzter Abruf am 24. 10. 2010); im Gesamtjahr 2007 ist die Arbeitslosigkeit unter schwerbehinderten Menschen um 1, 2 % gesunken, während die allgemeine Arbeitslosigkeit um fast 2 % gesunken ist, vgl. BIH,

zeitweise positive Entwicklung umgekehrt. Die Arbeitslosigkeit unter schwerbehinderten Menschen ist wieder gestiegen und die Zahl der Anträge der Arbeitgeber bei den Integrationsämtern auf Zustimmung zur Kündigung von schwerbehinderten Arbeitnehmern hat massiv zugenommen.³

Diese prekäre Beschäftigungssituation schwerbehinderter Menschen ist zum einen auf die allgemeine wirtschaftliche Lage zurückzuführen, zum anderen aber auch mit den besonderen Schwierigkeiten zu erklären, die schwerbehinderte Menschen erwiesenermaßen bei der Erlangung einer Erwerbstätigkeit haben. So belegen empirische Untersuchungen, dass schwerbehinderte Menschen nach Eintritt von Arbeitslosigkeit überdurchschnittlich lange ohne Beschäftigung sind und auch seltener als die übrigen Arbeitslosen einen neuen Arbeitsplatz finden.⁴ Insbesondere in der heutigen Zeit, die von wachsender Konkurrenz um Arbeitsplätze und zunehmender Rationalisierung und Flexibilisierung des Arbeitsmarktes geprägt ist, ist es daher für schwerbehinderte Menschen immer schwieriger, ihre Arbeitslosigkeit zu beenden und wieder eine Erwerbstätigkeit aufzunehmen.⁵

Bundesarbeitsgemeinschaft der Integrationsämter und Hauptfürsorgestellen, Jahresbericht 2007/2008, S. 14, veröffentlicht im Internet unter http://www.integrationsaemter.de/files/602/JB_BIH07_08.pdf, (letzter Abruf am 24. 10. 2010).

³ Vgl. hierzu sowie zu den konkreten Arbeitslosenzahlen unter schwerbehinderten Menschen den Jahresbericht 2008/2009 des BIH, Bundesarbeitsgemeinschaft der Integrationsämter und Hauptfürsorgestellen, Hilfen für schwerbehinderte Menschen im Beruf, S. 3 und S. 12 ff., veröffentlicht im Internet unter http://www.integrationsaemter.de/files/602/JB_BIH2009.pdf, (letzter Abruf am 27. 10. 2010).

⁴ Vgl. die Einschätzung von *Oyen*, Mitteilungen aus der Arbeitsmarkt- und Berufsforschung, 1989, S. 514 - 516; vgl. auch die Ergebnisse bei *Rauch/Brehm*, IAB Werkstattbericht Nr. 6/2003, S. 13 ff., veröffentlicht im Internet unter <http://doku.iab.de/werkber/2003/wb0603.pdf>, (letzter Abruf am 24. 10. 2010), nach denen schwerbehinderte Arbeitslose länger in Arbeitslosigkeit verweilen als nicht behinderte Arbeitslose und nur sehr schwer wieder in das Erwerbsleben zurückgelangen; so auch *Frick*, Interne Arbeitsmärkte und betriebliche Schwerbehindertenbeschäftigung, S. 23; *George*, Arbeit und Sozialpolitik 1998, S. 52, (52, 54 ff.).

⁵ So auch der Jahresbericht 2008/2009 des BIH, Bundesarbeitsgemeinschaft der Integrationsämter und Hauptfürsorgestellen, Hilfen für schwerbehinderte Menschen im Beruf, S. 12, veröffentlicht im Internet unter http://www.integrationsaemter.de/files/602/JB_BIH2009.pdf, (letzter Abruf am 27. 10. 2010).

Die Ursachen für die Probleme schwerbehinderter Menschen bei der Wiedererlangung eines Arbeitsplatzes lassen sich u. a. damit begründen, dass Arbeitgeber, die sich zur Einstellung eines schwerbehinderten Menschen entschließen, nach den Vorgaben des Schwerbehindertenrechts vielfältigen Verpflichtungen ausgesetzt sind, die im Verhältnis zur Beschäftigung nicht behinderter Arbeitnehmer zu einer zusätzlichen Kostenlast und zu einer weniger flexiblen Einsetzbarkeit der Arbeitskraft führen können. Arbeitsplätze und Arbeitsumgebung müssen, wie noch darzulegen sein wird, gegebenenfalls behindertengerecht ausgestaltet werden. Änderungen der Arbeitszeit können notwendig werden und bei Abfall der Leistungsfähigkeit sind, wie ebenfalls noch darzulegen sein wird, besondere Verfahren zu beachten, die bei nicht behinderten Arbeitnehmern zum Teil nicht zur Anwendung gelangen. Schließlich ist u.a. mit dem Zustimmungsvorbehalt des Integrationsamtes nach § 85 Sozialgesetzbuch Neuntes Buch – Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen – (SGB IX) auch die Kündigung schwerbehinderter Arbeitnehmer erschwert, so dass der Arbeitgeber gegebenenfalls gezwungen ist, bei gleichbleibender Vergütungspflicht eine behinderungsbedingt geminderte Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers hinzunehmen.

Auch wenn nicht jede Einstellung eines schwerbehinderten Arbeitnehmers derartige Nachteile mit sich bringt, ist davon auszugehen, dass die genannten Nachteile gleichwohl die Einstellungsentscheidung vieler Arbeitgeber häufig negativ zu Ungunsten eines schwerbehinderten Bewerbers beeinflussen können und der nicht behinderte dem schwerbehinderten Bewerber vorgezogen wird.⁶ Diese Umstände verdeutlichen, wie wichtig es ist, bestehende Arbeitsplätze schwerbehinderter Menschen möglichst dauerhaft zu erhalten.

Die vorstehend genannte Erkenntnis bildet den Anlass für die der Arbeit zugrundeliegende Untersuchung. Diese soll sich mit der Frage befassen, ob und inwieweit Prävention bereits beschäftigte schwerbehinderte Menschen

⁶ So auch *George*, Arbeit und Sozialpolitik, S. 52, (60); mit Bezug auf den Sonderkündigungsschutz zugunsten Schwerbehinderter auch *Janßen*, der auf Grundlage von Erkenntnissen aus einer Unternehmensbefragung des Instituts der deutschen Wirtschaft Köln aus dem Jahr 2003 betont, dass nach der subjektiven Wahrnehmung vieler Arbeitgeber ein Schwerbehinderter praktisch unkündbar sei und dass daher die Schaffung neuer Arbeitsplätze zugunsten Schwerbehinderter häufig unterbleibe, vgl. *Janßen*, IW-Trends 2004, S. 16, (16 ff.).

vor dem Verlust ihres Arbeitsplatzes schützen kann. Dabei beschränkt sich die Arbeit auf den Teilbereich der Kündigungsprävention, also auf die Frage, ob und inwieweit präventive Maßnahmen und Verfahren im bestehenden Arbeitsverhältnis den Ausspruch arbeitgeberseitiger Kündigungen vermeiden und dadurch Arbeitsplätze zugunsten dieser Personengruppe erhalten können. Die Beschränkung der Arbeit auf den Teilbereich der Kündigungsprävention erfolgt vor dem Hintergrund, dass die arbeitgeberseitige Kündigung neben der einvernehmlichen Aufhebung des Arbeitsvertrages und dem Ablauf einer Befristung nach wie vor eine der Hauptursachen für die frühzeitige Beendigung von Arbeitsverhältnissen ist.⁷

II. Gang der Untersuchung

Die Untersuchung im Rahmen dieser Arbeit gliedert sich in fünf Teile. Im vorliegenden ersten Teil der Arbeit wird zunächst ein der Untersuchung zugrunde zu legender Präventionsbegriff erarbeitet. In Anlehnung an das Krankenversicherungsrecht gliedert sich dieser Präventionsbegriff in die primäre, sekundäre und tertiäre Prävention. Ferner wird der Begriff der Behinderung und Schwerbehinderung definiert, an dessen Vorliegen die zu untersuchenden Vorschriften des Sonderkündigungsschutzrechtes aus dem SGB IX anknüpfen.

Der zweite Teil der Arbeit ist der Darstellung der dem Bereich der Primär- und Sekundärprävention zuzuordnenden Regelungen der §§ 81 Abs. 4, Abs. 5 und 84 SGB IX gewidmet, auf deren kündigungspräventive Bedeutung sich die Bearbeitung konzentriert. Die Darstellung bezieht sich dabei zunächst auf den Anwendungsbereich und die inhaltliche Ausgestaltung der genannten Normen. Hierdurch soll Klarheit darüber verschafft werden, was die Vorschriften nach ihrer gesetzlichen Konzeption bezwecken wollen. Herausgearbeitet werden soll, auf welche Art und Weise die Vorschriften bewirken sollen, dass der Ausspruch arbeitgeberseitiger Kündigungen vermieden und Arbeitsplätze zugunsten schwerbehinderter Arbeitnehmer erhalten werden.

⁷ Vgl. die empirischen Untersuchungsergebnisse im Rahmen des Forschungsprojektes *Regulierung des Arbeitsmarktes* (REGAM), veröffentlicht in: *Pfarr/Ullmann/Bradtko/Schneider/Kimmich/Bothfeld*, Der Kündigungsschutz zwischen Wahrnehmung und Wirklichkeit, S. 48.

Nach der Feststellung der jeweiligen gesetzlichen Konzeption soll im dritten Teil der Arbeit untersucht werden, ob die gesetzgeberischen Ziele der §§ 81 Abs. 4, Abs. 5 und 84 SGB IX auch tatsächlich erreicht werden können. Hier geht es um die Bewertung der Effektivität der jeweiligen kündigungspräventiven Vorschriften in der Praxis. Als Maßstab zur Bewertung der Effektivität wird untersucht, welche Möglichkeiten der Rechtsdurchsetzung im Hinblick auf die §§ 81 Abs. 4, Abs. 5 und 84 SGB IX bestehen und welche Rechtsfolgen die Nichtbeachtung der Vorschriften auf das Kündigungsrecht des Arbeitgebers hat. Anhand dieser *rein rechtlichen* Betrachtungsweise soll beurteilt werden, wie wahrscheinlich es ist, dass Arbeitgeber die jeweiligen Vorschriften beachten.

Führt die Nichtbeachtung der Vorschriften etwa zu einer erheblichen Einschränkung des arbeitgeberseitigen Kündigungsrechts oder gar zum Ausschluss desselben, ist von einer zunehmenden Wahrscheinlichkeit auszugehen, dass diese Vorschriften beachtet werden. Gleiches gilt für den Fall, dass die Nichtbeachtung der Vorschriften beispielsweise Durchführungsansprüche des Betriebsrats oder der Schwerbehindertenvertretung bzw. Unterlassungsansprüche in Bezug auf den Ausspruch der beabsichtigten arbeitgeberseitigen Kündigung auslöst. Auch diese kollektivrechtlichen Durchsetzungsmöglichkeiten auf der Ebene der betrieblichen Interessenvertretungen werden in die Bewertung der praktischen Effektivität miteinbezogen.

Die Untersuchung im dritten Teil dieser Arbeit basiert damit auf folgender These: Je höher die anhand der rechtlichen Folgenbetrachtung zu bemessende Wahrscheinlichkeit ist, dass Arbeitgeber die kündigungspräventiven Regelungen der §§ 81 Abs. 4, Abs. 5 und 84 SGB IX beachten, desto höher ist auch die Wahrscheinlichkeit, dass diese ihre bezweckte kündigungspräventive Wirkung entfalten, also arbeitgeberseitige Kündigungen vermieden und Arbeitsplätze zugunsten schwerbehinderter Arbeitnehmer erhalten werden können.

Hintergrund für die gewählte rechtliche Herangehensweise für die Bemessung der Effektivität der kündigungspräventiven Vorschriften ist der im dritten Teil der Arbeit noch näher darzulegende Umstand, dass empirische Erkenntnisse über die tatsächlichen Wirkungen kündigungspräventiv ausgerichteter Vorschriften fehlen. So gibt es keinen empirischen Beleg darüber, dass die durch die §§ 81 Abs. 4, Abs. 5 und 84 SGB IX

bezweckte Kündigungsprävention durch die vom Gesetzgeber gewählten Mittel auch Wirkung zeigt und arbeitgeberseitige Kündigungen in der Praxis vermeidet. Daher bedurfte es zur Beantwortung der der Arbeit zugrunde liegenden Fragestellung der Heranziehung eines anderen Bewertungsmaßstabes. Mit der Untersuchung, welche Möglichkeiten zur Rechtsdurchsetzung es gibt und welche rechtlichen Folgen die Nichtbeachtung der genannten Vorschriften auf das Kündigungsrecht des Arbeitgebers hat, soll im Rahmen dieser Arbeit versucht werden, die fehlenden empirischen Belege über die Effektivität dieser Vorschriften zu ersetzen.

Der vierte Teil der Arbeit befasst sich schließlich mit den neuen Antidiskriminierungsvorschriften des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG), die dem Arbeitgeber u.a. im bestehenden Arbeitsverhältnis eine Benachteiligung der Arbeitnehmer wegen einer Behinderung untersagen.

Der Grund für die Auseinandersetzung mit den Benachteiligungsverboten des AGG ist, dass die Bewertung der Effektivität der §§ 81 Abs. 4, Abs. 5 und 84 SGB IX auch von der Frage abhängt, welche Folgen das AGG an die Nichtbeachtung dieser Vorschriften knüpft. Erweist sich die Nichtbeachtung der §§ 81 Abs. 4, Abs. 5 und 84 SGB IX im laufenden Arbeitsverhältnis als eine Form der unzulässigen Benachteiligung Behinderter im Sinne des AGG, hat dies auch Auswirkungen auf die Effektivität der Vorschriften. Denn in diesem Fall wäre der Arbeitgeber im Falle der Nichtbeachtung der Vorschriften nicht nur von den allgemeinen, im dritten Teil der Arbeit näher dargestellten Rechtsfolgen betroffen, sondern zusätzlich von den Sanktionsmechanismen des AGG. Dies würde wiederum die Wahrscheinlichkeit erhöhen, dass Arbeitgeber die Vorgaben aus §§ 81 Abs. 4, Abs. 5 und 84 SGB IX beachten und damit – gemäß der vorstehend herausgestellten These – auch die von den Vorschriften bezweckte kündigungspräventive Wirkung erreicht werden kann.

Der vierte Teil der Arbeit widmet sich daher zunächst der Frage, ob die Nichtbeachtung der Vorgaben aus §§ 81 Abs. 4, Abs. 5 und 84 SGB IX eine Form der Benachteiligung Behinderter im Sinne des AGG darstellt. Zudem wird untersucht, ob die Nichtbeachtung der Vorschriften zumindest Auswirkungen auf die Rechtfertigungsmöglichkeit diskriminierenden Handlungen hat. Ferner wird der Frage nachgegangen, ob die

Nichtbeachtung der §§ 81 Abs. 4, Abs. 5, 84 SGB IX in beweisrechtlicher Hinsicht eine Vermutung dahingehend begründet, dass ein bestimmtes, benachteiligendes Verhalten des Arbeitgebers bzw. eine Kündigung aus diskriminierenden Motiven erfolgt ist. Bei Kündigungen wird schließlich auch untersucht, ob eine ggf. zu vermutende, diskriminierende Motivlage nach Maßgabe des AGG zur Unwirksamkeit einer Kündigung führen kann, wenn ansonsten sachliche Gründe für die Kündigung gegeben sind.

Nach der Auseinandersetzung mit den Benachteiligungsverboten des AGG werden im fünften und letzten Teil der Arbeit schließlich die wesentlichen Ergebnisse der Untersuchung zusammengefasst. Es folgt eine Schlussbetrachtung, die Vorschläge für eine Novellierung der dargestellten kündigungspräventiven Vorschriften des SGB IX enthält. Diese Vorschläge knüpfen an die im dritten und vierten Teil der Arbeit festgestellten Ergebnisse an. Ziel der vorgeschlagenen Novellierungen soll es sein, zu bewirken, dass die besonderen Pflichten des Arbeitgebers aus § 81 Abs. 4 und 5 SGB IX bzw. aus § 84 SGB IX in der betrieblichen Praxis stärker beachtet werden und damit die Effektivität der Vorschriften im Hinblick auf die angestrebte Kündigungsprävention erhöht wird. Gleichzeitig berücksichtigen die Vorschläge zur Novellierung der §§ 81 Abs. 4, Abs. 5, 84 SGB IX, dass die Einführung zusätzlicher Pflichten bei der Beschäftigung schwerbehinderter Menschen auch einen einstellungshemmenden Effekt haben kann. Die Vorschläge zeigen daher nicht nur Möglichkeiten auf, wie die Beachtung der §§ 81,84 SGB IX in der betrieblichen Praxis gesteigert werden kann, sondern enthalten auch Anregungen für eine in bestimmten Bereichen notwendige Entbindung des Arbeitgebers von den aus § 81 Abs. 4 und 5 und § 84 SGB IX folgenden Pflichten.

III. Einschränkungen der Untersuchung

1. Kündigungsprävention nach den §§ 102 BetrVG, 95 und 85 SGB IX

Von der Untersuchung im Rahmen der vorliegenden Arbeit ausgenommen bleiben die dem Bereich der Tertiärprävention zuzuordnenden Verfahren zur Beteiligung des Betriebsrates, der Schwerbehindertenvertretung und des Integrationsamtes nach §§ 102 BetrVG, 95 und 85 SGB IX, die nach

Eintritt von Kündigungsgründen, aber noch vor Ausspruch der arbeitgeberseitigen Kündigung zum Tragen kommen.

Dies ergibt sich daraus, dass die kündigungspräventive Bedeutung der in den genannten Vorschriften normierten Beteiligungsverfahren weitestgehend als geklärt angesehen werden kann.

So sind die §§ 102 BetrVG, 85 SGB IX nach ihrem Wortlaut unzweifelhaft formelle Wirksamkeitsvoraussetzung für eine Kündigung. Sowohl die fehlende Anhörung des Betriebsrates vor Ausspruch einer Kündigung als auch die fehlende Einholung der Zustimmung des Integrationsamtes führt danach unmittelbar zur Unwirksamkeit der ausgesprochenen Kündigung. Auch über die Folgen einer unterbliebenen Anhörung der Schwerbehindertenvertretung besteht Einigkeit. Diese führt nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung. Die Schwerbehindertenvertretung kann lediglich nach § 95 Abs. 2 Satz 2 SGB IX die vorübergehende Aussetzung der Kündigungsentscheidung bis zur Nachholung des Anhörungsverfahrens verlangen, soweit der Ausspruch der Kündigung noch nicht erfolgt ist.

Mit dieser Klarheit über die Folgen der Nichtbeachtung der genannten Beteiligungsverfahren ist die Einigkeit über die Zwecksetzung der Verfahren verbunden. Einheitliches Ziel ist, den Ausspruch der Kündigung zu vermeiden und den Arbeitgeber zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu bewegen.

Abweichend hiervon ist die kündigungspräventive Bedeutung der §§ 81, 84 SGB IX unklar. Anders als etwa § 102 BetrVG oder § 85 SGB IX stellen die Vorschriften des § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX sowie des § 84 SGB IX nach ihrem Wortlaut keinen unmittelbaren Bezug zu der arbeitgeberseitigen Kündigung her. Auch die Folgen, die sich für den Arbeitgeber bei einer Nichtbeachtung der §§ 81, 84 SGB IX ergeben können, sind unklar und ergeben sich nicht unmittelbar aus dem Wortlaut der Vorschriften. Insoweit fehlt im Rahmen der §§ 81, 84 SGB IX eine Regelung der Rechtsfolgen, die eine Einordnung zum Kündigungsschutzrecht erlauben würde. Darüberhinaus sind die §§ 81 und 84 SGB IX nicht Teil des im Kapitel 4 des SGB IX angesiedelten Kündigungsschutzes zugunsten Schwerbehinderter, sondern dem Kapitel 3 des SGB IX zugeordnet, das mit *„Sonstige Pflichten der Arbeitgeber; Rechte der schwerbehinderten Menschen“* überschrieben ist.

Ein weiterer Grund für die Einschränkung der Untersuchung auf die kündigungspräventive Bedeutung der §§ 81,84 SGB IX ist, dass diese, wie

noch näher darzulegen sein wird, nach ihrer gesetzgeberischen Konzeption abweichend von den tertiärpräventiven Beteiligungsverfahren der §§ 102 BetrVG, 95 Abs. 2 und 85 SGB IX in einem dem Eintritt von Kündigungsgründen noch vorgelagerten Bereich zum Tragen kommen sollen. Die §§ 81,84 SGB IX verfolgen damit ein von den §§ 102 BetrVG, 95 Abs. 2 und 85 SGB IX abweichendes Konzept, das, wie sich herausstellen wird, ebenfalls auf die Prävention arbeitgeberseitiger Kündigungen ausgerichtet ist.

Ob dieses Konzept in der betrieblichen Praxis Wirksamkeit entfaltet, durch die Vorgaben aus §§ 81, 84 SGB IX also der Ausspruch arbeitgeberseitiger Kündigungen vermieden und Arbeitsplätze zugunsten schwerbehinderter Arbeitnehmer stattdessen erhalten werden können, gilt es im Rahmen dieser Arbeit einer Prüfung zu unterziehen.

2. Prävention der betriebsbedingten Kündigung

Soweit vorstehend von der Prävention arbeitgeberseitiger Kündigungen die Rede ist, ist hervorzuheben, dass sich die Arbeit auf die Frage beschränkt, inwieweit der Ausspruch verhaltens- und personenbedingter Kündigungen vermieden werden kann, deren Ursache behinderungsbedingte Schwierigkeiten des schwerbehinderten Arbeitnehmers am Arbeitsplatz sind. Die Prävention betriebsbedingter Kündigungen soll dagegen von der Untersuchung ausgenommen bleiben, weil hier für den Arbeitsplatzverlust durch Kündigung nicht spezifische Probleme schwerbehinderter Arbeitnehmer den Ausschlag geben, sondern eine ökonomisch motivierte unternehmerische Entscheidung des Arbeitgebers, die gleichermaßen schwerbehinderte und nicht behinderte Menschen betrifft.

Dies hat Konsequenzen für den Umfang der Darstellung. Eine Auseinandersetzung mit der präventiven Wirkung von Interessenausgleich (§ 111 BetrVG) und Massenentlassungsanzeige (§ 17 KSchG) bzw. der damit verbundenen Unterrichts- und Konsultationspflicht gegenüber dem Betriebsrat wird bewusst nicht vorgenommen. Denn die genannten Verfahren sind vornehmlich dann einzuhalten, wenn eine besonders große Anzahl betriebsbedingter Kündigungen ausgesprochen werden soll, deren Ursache Betriebsänderungen und Umstrukturierungen sind, die betriebsbedingte Kündigungen nach sich ziehen.⁸ Die Arbeit konzentriert

⁸ Zur kündigungspräventiven Bedeutung dieser Verfahren *Brose*, Präventiver Kündigungsschutz, S. 188 ff. und S. 245.

sich stattdessen auf die besonderen Pflichten des Arbeitgebers aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX bzw. aus § 84 SGB IX. Denn diese knüpfen, wie noch darzulegen sein wird, speziell daran an, typische Schwierigkeiten eines schwerbehinderten Arbeitnehmers zu verhindern bzw. zu überwinden sowie eine Weiterbeschäftigung auch bei behinderungsbedingter Minderung der Leistungsfähigkeit bzw. behinderungsbedingten Fehlzeiten oder sonstigen behinderungsbedingten Störungen im Arbeitsverhältnis zu ermöglichen.

3. Prävention nach dem Arbeitsschutzrecht

Aufgrund der vorgenannten Einschränkung bleiben auch allgemeine, nicht nur bei schwerbehinderten Arbeitnehmern anwendbare Vorschriften, denen eine mittelbar kündigungspräventive Wirkung nicht abgesprochen werden kann, von der Untersuchung ausgenommen. So erfolgt beispielsweise keine Auseinandersetzung mit der Frage, auf welche Weise und mit welcher Effektivität etwa das Arbeitsschutzrecht zur Prävention arbeitgeberseitiger Kündigungen beitragen kann. Zwar lässt sich eine solche Wirkung dem übergreifend am Erhalt der Gesundheit orientierten Arbeitsschutzrecht sicher nicht absprechen. Denn mit dem Ziel der Gesunderhaltung der Beschäftigten trägt das Arbeitsschutzrecht auch dazu bei, dass es nicht zu krankheits- oder behinderungsbedingter Arbeitsunfähigkeit bzw. Leistungsabfällen kommt, die einen Grund für eine personenbedingte Kündigung bilden können. Unter dem Gesichtspunkt einer mittelbar kündigungspräventiven Wirkung wären aber sämtliche dem Arbeitsschutzrecht zuzuordnenden Gesetze, Verordnungen und Unfallverhütungsvorschriften zu untersuchen, was im Rahmen dieser Arbeit nicht bewältigt werden kann.⁹

Zudem geht es der vorliegenden Arbeit nicht um die Beantwortung der Frage, wie allgemein eine gesundheits- und menschengerechte Gestaltung der Arbeitsbedingungen arbeitgeberseitige Kündigungen vermeiden und bestehende Arbeitsplätze erhalten kann. Vielmehr geht es darum, die Effektivität der speziell zugunsten schwerbehinderter Arbeitnehmer bestehenden Vorschriften der §§ 81 und 84 SGB IX einer Untersuchung unter dem Gesichtspunkt der Kündigungsprävention zu unterziehen.

⁹ Vgl. zum Aspekt der Prävention arbeitsbedingter Erkrankungen durch die dem Arbeitsschutzrecht zuzuordnende Lastenhandhabungsverordnung: *Zipprich*, Prävention arbeitsbedingter Erkrankungen, S. 1 ff.

Ausgenommen von der vorliegenden Bearbeitung bleiben daher neben den Bestimmungen des Arbeitsschutzrechts auch die Bestimmungen des Rehabilitationsrechts.

4. Prävention außerhalb des Anwendungsbereichs des Kündigungsschutzgesetzes

Eine weitere notwendige Einschränkung der Arbeit wird schließlich dadurch vorgenommen, dass sich die Auseinandersetzung nur auf solche Arbeitsverhältnisse bezieht, die in den Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes fallen. Arbeitsverhältnisse, bei denen eine Kündigung nicht an den Maßstäben des Kündigungsschutzgesetzes zu messen ist, sondern an den Maßstäben der zivilrechtlichen Generalklauseln der §§ 134, 138 und 242 BGB werden von der Untersuchung ausgenommen.¹⁰ Nur zum Teil wird in Zusammenhang mit der Beurteilung der Effektivität der §§ 81, 84 SGB IX im Hinblick auf die angestrebte Kündigungsprävention auch die Rechtslage im Kleinbetrieb bzw. in den ersten sechs Monaten der Beschäftigung mitberücksichtigt.

B. Grundlagen

I. Der Begriff der Prävention im Kündigungsschutzrecht zugunsten schwerbehinderter Arbeitnehmer

Die Bestimmung des Präventionsbegriffes im Sinne des Kündigungsschutzrechts zugunsten schwerbehinderter Arbeitnehmer lässt sich nicht durch einfache Übertragung eines bereits gesetzlich definierten Begriffes bewältigen. Obwohl nach dem allgemeinen Sprachgebrauch unter dem Wort Prävention¹¹ gemeinhin vorbeugende Maßnahmen verstanden werden, die darauf ausgerichtet sind, ein unerwünschtes Ereignis oder eine unerwünschte Entwicklung zu vermeiden,¹² findet sich weder im Arbeits- noch

¹⁰ Nicht Gegenstand der Arbeit ist danach die Frage, inwieweit kündigungspräventive Regelungen im Kleinbetrieb, in dem das Kündigungsschutzgesetz nach § 23 Abs. 1 KSchG keine Anwendung findet, den Ausspruch arbeitgeberseitiger Kündigungen verhindern können; ebenfalls bleibt bei der Betrachtung außer Acht, auf welche Weise und wie effektiv kündigungspräventive Regelungen in den ersten sechs Monaten der Beschäftigung zum Erhalt von Arbeitsplätzen beitragen können, weil hier nach § 1 Abs. 1 KSchG das Kündigungsschutzgesetz ebenfalls noch nicht zur Anwendung gelangt.

¹¹ Prävention stammt von dem Verb *praevenire*, lateinisch für zuvorkommen, verhüten.

¹² So etwa die Definition im *Duden-Fremdwörterbuch*, Stichwort *Prävention*.

im Sozialrecht eine Legaldefinition des Begriffs Prävention.¹³ Selbst das Sozialversicherungsrecht bietet keine einheitliche, gesetzlich geregelte Begriffsbestimmung, obwohl der Gedanke der Prävention in sämtlichen Zweigen des Sozialversicherungsrechts als mittlerweile anerkanntes Strukturprinzip wiederzufinden ist.¹⁴ So sind beispielsweise im Krankenversicherungsrecht ein Großteil der Leistungen und Maßnahmen präventiv ausgerichtet und sollen dem Entstehen von Krankheiten möglichst frühzeitig vorbeugen.¹⁵ Auch die Sozialversicherungszweige der Renten- und Unfallversicherung sowie der Arbeitsförderung sind stark präventiv auf die Vermeidung der jeweiligen versicherungsrechtlich relevanten Risiken ausgerichtet, enthalten aber keine Legaldefinition des Präventionsbegriffes.¹⁶

Sogar Bereiche, in denen sich der Gesetzgeber ausdrücklich des Präventionsbegriffes bedient, lassen eine Definition von Prävention vermissen. So enthält § 3 SGB IX, der den Vorrang von Prävention dem gesamten Rehabilitations- und Schwerbehindertenrecht als Grundprinzip voranstellt, keine nähere Bestimmung darüber, was unter Prävention überhaupt zu verstehen ist. Auch § 84 SGB IX, der ausdrücklich mit Prävention überschrieben ist, enthält keine Begriffsbestimmung.

¹³ Gängige Rechtswörterbücher begnügen sich lediglich mit der Darstellung der verschiedenen Präventionsleistungen des Sozialversicherungsrechts, ohne hieraus weitere Schlüsse zu ziehen, vgl. etwa *Creifelds*, Rechtswörterbuch, Stichwort *Prävention*; *Tilch*, Deutsches Rechts-Lexikon, Band 2, Stichwort *Prävention/Präventionsleistungen*.

¹⁴ Das Fehlen eines einheitlichen Begriffs von Gesundheitsförderung und Prävention bemängelt insoweit auch *Mühlenbruch*, *ZfS* 2005, Sonderbeilage 2005, S. 87, (100).

¹⁵ Vgl. zur Prävention im Krankenversicherungsrecht *Kohl/Carius*, *DRV* 2003, S. 30, (30 ff.); *Schulin/Schulin*, Handbuch des Sozialversicherungsrechts, Band 1, § 6, Rn. 161; *Seewald*, Prävention im Sozialrecht, S. 289, (291).

¹⁶ Im Rentenversicherungsrecht soll durch Förderung der Erwerbsfähigkeit nach Eintritt gesundheitlicher Beeinträchtigungen dem Eintritt von Frühverrentung und einer vorzeitigen Inanspruchnahme der gesetzlichen Rentenleistungen vorgebeugt werden, vgl. *Schulin/U. Kölbl*, Handbuch des Sozialversicherungsrechts, Band 3, § 22, Rn. 4; dem Unfallversicherungsrecht geht es im Wesentlichen um die präventive Vorbeugung von Arbeitsunfällen, Berufskrankheiten und arbeitsbedingten Gesundheitsgefahren, vgl. § 1 SGB VII; im Arbeitsförderungsrecht zielt ein Großteil der Leistungen nicht auf die Absicherung der wirtschaftlichen Folgen von Arbeitslosigkeit, sondern wirkt aktiv darauf hin, dass es gar nicht erst zu Arbeitslosigkeit und zu den daraus folgenden finanziellen Belastungen kommt bzw. dass die Dauer der Arbeitslosigkeit möglichst verkürzt wird; entsprechend enthält § 5 SGB III den Grundsatz, dass Maßnahmen der Arbeitsförderung gegenüber Leistungen zum Ersatz des Arbeitsentgeltes bei Arbeitslosigkeit vorrangig sind.

Aufgrund der fehlenden gesetzlichen Bestimmung eines einheitlichen Präventionsbegriffes soll nachfolgend ein Präventionsbegriff entwickelt werden, der dem Kündigungsschutzrecht zugunsten schwerbehinderter Arbeitnehmer zu Grunde gelegt werden kann. Als Ausgangspunkt der Begriffsbestimmung kann die Erkenntnis herangezogen werden, dass es bei Prävention im Sinne des Sozialversicherungsrechtes stets um die Verhütung des jeweiligen versicherungsrechtlich relevanten Risikos geht, also um die Vermeidung des Leistungsfalles, den der jeweilige Zweig der Sozialversicherung absichern soll. Prävention im Sozialversicherungsrecht kann daher übergreifend als Verhütung des vom jeweiligen Sozialversicherungszweig versicherten Risikos bezeichnet werden.

Der der Arbeit zugrunde zu legende Präventionsbegriff für den Bereich des Kündigungsschutzrechts soll in Anlehnung an den genannten Präventionsbegriff im Sozialversicherungsrecht daher ebenfalls risikoorientiert bestimmt werden. Hierfür ist unter Berücksichtigung der vom Kündigungsschutzrecht verfolgten Ziele das Risiko schwerbehinderter Menschen, ihren Arbeitsplatz durch Kündigung zu verlieren, heranzuziehen.¹⁷ Dieses Risiko soll für das Präventionsverständnis des Kündigungsschutzrechts maßgeblich sein.

Um zu einer systematischen Darstellung der Prävention im Kündigungsschutzrecht zu gelangen, wird im weiteren Verlauf der Arbeit zwischen primärpräventiven, sekundärpräventiven und tertiärpräventiven Regelungen unterschieden.¹⁸

¹⁷ Das Risiko eines Arbeitsplatzverlustes durch Kündigung steht zum einen dem auf Bestandsschutz zielenden Kündigungsschutzrecht entgegen, zum anderen den auf gleichberechtigte Teilhabe am Arbeitsleben ausgerichteten Benachteiligungsverboten des AGG, vgl. zum Schutzzweck des Kündigungsschutzgesetzes BAG, Urteil vom 21. 10. 1954, BAGE 1, S. 128, (131); BAG, Urteil vom 12. 1. 1961, BAGE 10, S. 288, (293); BAG, Urteil vom 23. 6. 2005, EzA § 9 KSchG nF Nr. 52, zu II 2 a; *Ascheid/Preis/Schmidt/Preis*, KSchR, Grundlagen B, Rn. 14 ff.; *KR/Griebeling*, § 1 KSchG, Rn. 27; *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts, § 8, S. 124 ff.; *Stahlhacke/Preis/Vossen/Preis*, 2. Abschnitt, § 2, Rn. 914; auch die außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes anwendbaren Normen der §§ 134, 138, 242 BGB, die das Kündigungsrecht des Arbeitgebers einschränken, dienen zumindest auch dem Individualschutz der Arbeitnehmer vgl. *Ascheid/Preis/Schmidt/Preis*, KSchR, Grundlagen B, Rn. 15; zum Schutzzweck der Diskriminierungsverbote des AGG *Erfurter Kommentar/Schlachter*, § 1 AGG, Rn. 1 ff.

¹⁸ Zur gängigen Dreiteilung des Präventionsbegriffes im Krankenversicherungsrecht umfassend *Bieback*, ZfS 2003, S. 403, (406); *Kohl/Carius*, DRV 2003, S. 30, (32); *Mühlenbruch*, ZfS 2005, Sonderbeilage 2005, S. 87, (88); *Rosenbrock*, ZfS 2003,

Als primärpräventiv sind in diesem Zusammenhang solche Regelungen zu verstehen, die schon vor dem Entstehen kündigungsrelevanter Schwierigkeiten im ungestörten Arbeitsverhältnis unmittelbar oder mittelbar auf die Vermeidung des Arbeitsplatzverlustes hinwirken sollen.

Wie im Krankenversicherungsrecht geht es auch im Bereich des Kündigungsschutzrechts zugunsten schwerbehinderter Arbeitnehmer bei den primärpräventiven Regelungen um die Beeinflussung von äußeren und personengebundenen Risikofaktoren, die dazu beitragen, dass es zu kündigungsrelevanten Schwierigkeiten und infolgedessen zum Verlust des Arbeitsplatzes durch Kündigung kommt. Auch die primärpräventiven Regelungen im Kündigungsschutzrecht zielen darauf ab, die Wahrscheinlichkeit des Eintritts kündigungsrelevanter Schwierigkeiten zu senken.

Sekundärpräventiv ausgerichtete Regelungen des Kündigungsschutzrechts greifen zur Vermeidung des Arbeitsplatzverlustes durch Kündigung ein, wenn es bereits zu einer Gefährdung des Arbeitsverhältnisses durch kündigungsrelevante Schwierigkeiten gekommen ist bzw. wenn Schwierigkeiten eingetreten sind, die zu einer solchen Gefährdung des Arbeitsverhältnisses führen können. Der Sekundärprävention geht es darum, diese kündigungsrelevanten Schwierigkeiten möglichst zu beseitigen und das vorher bestehende ungestörte Arbeitsverhältnis wiederherzustellen, um so den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses zu gewährleisten.

Die Tertiärprävention greift nach dem hier zugrunde liegenden Begriffsverständnis schließlich ein, wenn die Störungen des Arbeitsverhältnisses so gravierend sind, dass der Arbeitgeber den Entschluss zur Kündigung bereits gefasst hat, die Kündigung gegenüber dem schwerbehinderten Arbeitnehmer lediglich noch nicht ausgesprochen worden ist.

S. 342, (344); Schulin/Schulin, Handbuch Sozialversicherungsrecht, Band 1, § 6, Rn. 161.

II. Der Begriff der Behinderung und Schwerbehinderung

1. Einführung: Die Unterscheidung zwischen Behinderung und Schwerbehinderung im Kündigungsschutzrecht

Neben der vorstehenden Definition des Präventionsbegriffes ist es für die nachfolgende Untersuchung der §§ 81, 84 SGB IX auch erforderlich, den Begriff der Behinderung bzw. Schwerbehinderung näher zu definieren. Das Kündigungsschutzrecht zugunsten schwerbehinderter Menschen macht es notwendig, dabei zwischen dem Begriff der Behinderung und dem Begriff der Schwerbehinderung zu differenzieren. Während die Bestimmungen des allgemeinen Kündigungsschutzes für alle Arbeitnehmer gelten, kommen die Bestimmungen des Sonderkündigungsschutzes, u.a. auch die §§ 81, 84 SGB IX, daneben nur für schwerbehinderte Menschen zur Anwendung, die der Gesetzgeber als besonders schutzwürdig erachtet.¹⁹

2. Der Begriff der Behinderung

Das Vorliegen einer Behinderung als Grundvoraussetzung für die Anwendbarkeit des Sonderkündigungsschutzrechtes zugunsten Schwerbehinderter lässt sich nur schwer auf einen ganz bestimmten Zustand reduzieren. Zu Recht wird die Behinderung bisweilen als Spektrum bezeichnet und zutreffend festgestellt, dass es *eine* Behinderung in der Realität nicht gibt.²⁰

Im Bereich des Rehabilitationsrechts zugunsten behinderter Menschen hat der Gesetzgeber gleichwohl in § 2 SGB IX den Begriff der Behinderung legal definiert. Danach sind Menschen behindert, wenn ihre körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate von dem für das Lebensalter typischen Zustand abweicht und daher ihre Teilhabe am Leben in der Gesellschaft beeinträchtigt ist.²¹

Ogleich dieser Begriff der Behinderung nach § 2 Abs. 1 SGB IX im Rehabilitationsrecht als Teilbereich des Sozialrechts verankert ist, kann er

¹⁹ So bestimmt § 68 SGB IX, dass die Vorschriften des 2. Teils des SGB IX ausschließlich für schwerbehinderte und diesen gleichgestellte behinderte Menschen gelten.

²⁰ Leder, Das Diskriminierungsverbot wegen einer Behinderung, S. 97.

²¹ § 2 Abs. 1 SGB IX.

auch dem arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzrecht zugunsten schwerbehinderter Menschen zugrunde gelegt werden. Denn die im ersten Teil des SGB IX enthaltene Begriffsbestimmung gilt uneingeschränkt auch für den zweiten Teil des SGB IX, der die im weiteren Verlauf der Arbeit zu untersuchenden kündigungspräventiven Bestimmungen der §§ 81, 84 SGB IX enthält. § 2 Abs. 1 SGB IX bietet damit eine auch für das arbeitsrechtliche Kündigungsschutzrecht brauchbare Begriffsdefinition.²²

Da die einzelnen Begriffsmerkmale in § 2 Abs. 1 SGB IX teilweise auslegungsbedürftig sind, bedarf es nachfolgend einer näheren Auseinandersetzung mit diesen.

a. Die Beeinträchtigung der Teilhabe an der Gesellschaft

Prägendes Element des Behindertenbegriffs nach § 2 SGB IX ist die soziale Auswirkung der behinderungsbedingten Funktionsstörung in Form einer beeinträchtigten Teilhabe an der Gesellschaft.²³ Behinderung ist danach nicht bloß als medizinisches Defizit zu verstehen, sondern das Ergebnis der Beeinträchtigungen, die der behinderte Mensch im Hinblick auf seine gesundheitlich bedingten Funktionsstörungen in seiner alltäglichen Umwelt aufgrund von äußeren Umständen erfährt.²⁴ Die negativen Wechselwirkungen zwischen dem Gesundheitszustand des Einzelnen und seiner Umwelt lassen ein medizinisches Defizit zur Behinderung werden.²⁵ Erst die soziale Beeinträchtigung als Reaktion der Gesellschaft auf die aus der Gesund-

²² So auch *Leder*, Das Diskriminierungsverbot wegen einer Behinderung, S. 139.

²³ Diese soziale Komponente des Behindertenbegriffs ist auf die internationale Entwicklung zurückzuführen; laut der Gesetzesbegründung zum SGB IX orientiert sich die Definition des § 2 Abs. 1 SGB IX an der Internationalen Klassifikation der Funktionsfähigkeit, Behinderung und Gesundheit (ICF) der WHO, vgl. die Begründung zum Entwurf eines Sozialgesetzbuchs – Neuntes Buch – (SGB IX) Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen vom 16. 1. 2001, BT-DS 14/5074, S. 98; in der aktuellen Begriffsdefinition der WHO wird die Komponente *handicap* (soziale Beeinträchtigung) durch *participation* (Teilhabe) ersetzt; *participation* stellt auf die Daseinsentfaltung einer Person im Kontext ihrer sozialen und physikalischen Umwelt ab, vgl. die Internationale Klassifikation der Funktionsfähigkeit und Behinderung (International Classification of Functioning, Disability and Health [ICF]), veröffentlicht im Internet unter www.who.int/classification/icf/whares/wha-en.pdf; Stand: 4. 4. 2003, (letzter Abruf am 12. 10. 2010); vgl. hierzu auch *Neumann*, Handbuch SGB IX, § 5, Rn. 13, § 3, Rn. 2.

²⁴ *Masuch*, FS 50 Jahre BSG, S. 199, (200); *Schneider-Sievers*, FS Wissmann, S. 588, (590).

²⁵ *Bihr/Fuchs/Krauskopf/Lewering/Fuchs/Lewering*, SGB IX, § 1, Rn. 3 ff, § 2, Rn. 3 ff.

heitsstörung folgenden Funktionsbeeinträchtigungen des Betroffenen begründet somit die Behinderung.²⁶

b. Medizinisch feststellbares Defizit

Behinderung ist jedoch nicht als bloße Schwierigkeit in der Vergesellschaftung der betroffenen Person zu verstehen.²⁷ Der Rückschluss, der zum Teil aus der prägenden Ausrichtung des Behindertenbegriffes an der Beeinträchtigung der gesellschaftlichen Teilhabe gezogen wird, eine Behinderung sei nur noch als soziale Situation auf Grund individueller und gesellschaftlicher Faktoren anzusehen, nicht aber mehr als persönliche Eigenschaft des Betroffenen, ist zu weitgehend.²⁸ Dieser Ansatz übersieht, dass das SGB IX nach wie vor für das Vorliegen einer Behinderung voraussetzt, dass die Beeinträchtigung der Teilhabe auf eine Funktionsbeeinträchtigung des Körpers, des Geistes oder der Seele zurückzuführen ist, die wiederum ihre Ursache in einem regelwidrigen körperlichen, geistigen oder seelischen Zustand hat, der mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate vom dem für das Lebensalter typischen Zustand abweicht.²⁹ Der Begriff der Behinderung nach dem SGB IX knüpft also wie bisher an ein medizinisch feststellbares Defizit des Betroffenen an. Ohne das Vorliegen dieses medizinisch feststellbaren Defizits von nicht nur vorübergehender Natur kann eine funktionale Beeinträchtigung und eine dadurch bedingte Beeinträchtigung der sozialen Teilhabe nicht als Behinderung gewertet werden. Teilhabestörungen ohne ein medizinisches Substrat sind rechtlich unerheblich.³⁰ Die Gesundheitsstörung erweist sich damit als unverzichtbare Bedingung der Teilhabebeeinträchtigung, die wiederum selbst Bedingung der Behinderung ist.³¹

²⁶ BSG, Urteil vom 7. 11. 2001, *VersorgVerw* 2002, S. 26; GK-SGB IX/*Schimanski*, Band 1, § 2, Rn. 23 a.

²⁷ So aber *Welti*, NJW 2001, S. 2210, (2211).

²⁸ In diesem Sinne aber *Welti*, a.a.O. (Fn. 27); ähnlich auch *Niemann*, NZS 2001, S. 583, (584).

²⁹ Vgl. § 2 SGB IX.

³⁰ *Masuch*, FS 50 Jahre BSG, S. 199, (210).

³¹ *Masuch*, a.a.O. (Fn. 30).

c. Regelwidrigkeit des medizinisch feststellbaren Defizits

Das medizinisch feststellbare Defizit des Betroffenen muss sich ferner als regelwidrig darstellen, damit von einer Behinderung ausgegangen werden kann.³²

Hier erweist sich die gesetzgeberische Begriffsbestimmung als auslegungsbedürftig, was die Schwierigkeit verdeutlicht, den Begriff der Behinderung anhand einheitlicher, allgemeingültiger Kriterien zu bestimmen. Wann kann ein geistiger, seelischer oder körperlicher Zustand als regelwidrig betrachtet werden? Wonach ist der Maßstab festzulegen, nach dem ein Zustand als nicht mehr regelmäßig und damit regelwidrig einzustufen ist?

Das Gesetz stellt für den Begriff der Regelwidrigkeit auf den Zustand ab, der für das jeweilige Lebensalter als typisch zu bezeichnen ist.³³ Eine die Behinderung auslösende Regelwidrigkeit ist danach nur dann anzunehmen, wenn eine Abweichung von dem für das Lebensalter als typisch anzusehenden Zustand vorliegt. Das ist nach den Vorstellungen des Gesetzgebers der Fall, wenn normalerweise in einem bestimmten Alter vorhandene körperliche Funktionen, geistige Fähigkeiten oder die normalerweise vorhandene seelische Gesundheit nicht gegeben bzw. beeinträchtigt sind.³⁴ Altersbedingte Beeinträchtigungen, die üblicherweise in einem bestimmten Alter auftreten, also für das Lebensalter typisch sind und die ganz überwiegende Mehrzahl der jeweiligen Altersgenossen betreffen, können danach keine Behinderung auslösen.³⁵ Gemeinhin werden zu diesen alterstypischen Be-

³² Dies ergibt sich aus der in § 2 Abs. 1 SGB IX enthaltenen Voraussetzung einer Abweichung von einem für das Lebensalter typischen Zustand, die der Wirkung des § 3 SchwbG a.F. entsprechen soll, der noch ausdrücklich das Merkmal der Regelwidrigkeit enthält, vgl. Bihl/Fuchs/Krauskopf/Lewering/*Fuchs/Lewering*, SGB IX, § 2, Rn. 5; *Cramer*, SchwbG, § 3, Rn. 7 ff.

³³ Vgl. § 2 SGB IX.

³⁴ Vgl. die Begründung zum Entwurf eines Sozialgesetzbuchs – Neuntes Buch – (SGB IX) Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen, BT-DS 14/5074, S. 98; GK-SGB IX/*Schimanski*, Band 1, § 2, Rn. 45.

³⁵ *Neumann*, Handbuch SGB IX, § 5, Rn. 5; aufgrund der Schwierigkeit der Abgrenzung einer alterstypischen von einer altersuntypischen Abweichung bei Kindern und älteren Menschen hat der von der herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur vertretene generelle Ausschluss altersbedingter Beeinträchtigungen aus dem Begriff der Behinderung vielfach Kritik erfahren, vgl. etwa GK-SGB IX/*Schimanski*, Band 1, § 2, Rn. 50a; *Masuch*, FS 50 Jahre BSG, S. 199, (204); *Neumann*, Handbuch SGB IX, § 5, Rn. 5; *Reichenbach*, SGB 2002, S. 485, (485 ff.); zum Teil wird die Begrenzung auf eine Abweichung vom alterstypischen Zustand als sachlich nicht zu rechtfertigende Beschränkung des Begriffs der Behinderung betrachtet, die in ihrer Allgemeinheit mit dem Recht älterer Menschen auf eine eigenständige Lebensführung nicht vereinbar sei

eintrüchtigungen bei Menschen in höherem Alter die als normal bezeichneten Alterserscheinungen wie die altersbedingte allgemeine Verminderung der körperlichen Leistungsfähigkeit, das Nachlassen des Gedächtnisses, der geistigen Beweglichkeit und der Seh- und Hörfähigkeit gezählt.³⁶ Diese entsprechen, so die herrschende Meinung, dem natürlichen Lebensprozess des Alterns, und könnten daher nicht als regelwidrig bezeichnet werden.³⁷

Bei Kindern und Jugendlichen werden entsprechend typischerweise auftretende Entwicklungsdefizite nicht zwingend als Behinderung verstanden, da bei Kindern die Entwicklung ganz unterschiedlich verlaufen kann.³⁸ So stellen nach überwiegender Ansicht eine bloß unterdurchschnittliche Begabung, Unkonzentriertheit, Nervosität, Labilität und ein gewisser Rückstand in der geistigen Entwicklung noch keine Behinderung dar.³⁹

d. Funktionsbeeinträchtigung

Das regelwidrige medizinische Defizit muss nach der Legaldefinition des § 2 Abs. 1 SGB IX auch eine Funktionsbeeinträchtigung zur Folge haben. Die Vorgängerregelung des § 3 SchwbG a.F. formulierte hier genauer, indem sie ausdrücklich die *nicht nur vorübergehende(n) Funktionsbeeinträchtigung* als Voraussetzung einer Behinderung in die Regelung aufnahm. Das SGB IX spricht in § 2 Abs. 1 SGB IX nur noch von einer Abweichung der körperlichen Funktion, geistigen Fähigkeit oder seelischen Gesundheit. Gleichwohl hat sich trotz der sprachlichen Neufassung in der Sache nichts verändert. Behinderung erfordert nach wie vor, dass aus ei-

und die mit Bezug auf das Diskriminierungsverbot aus Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG sogar als möglicherweise verfassungswidrig eingestuft werden müsse, vgl. Bayerisches Landessozialgericht, Urteil vom 12. 12. 2002, L 18 SB 22/01, E-LSG SB-039; dem Ansatz der Verfassungswidrigkeit folgend GK-SGB IX/*Schimanski*, Band 1, § 2, Rn. 50 a; *Masuch*, FS 50 Jahre BSG, S. 199, (204).

³⁶ *Euler*, Zulässigkeit der Frage nach einer Schwerbehinderung, S. 9; GK-SGB IX/*Schimanski*, Band 1, § 2, Rn. 48; *Mrozynski*, SGB IX, Teil 1, § 2, Rn. 25; *Neumann*, Handbuch SGB IX, § 5, Rn. 5.

³⁷ *Neumann*, Handbuch SGB IX, § 2, Rn. 8.

³⁸ *Cramer*, SchwbG, § 3, Rn. 8 (zu § 3 SchwbG a.F.); *Euler*, Zulässigkeit der Frage nach einer Schwerbehinderung, S. 9.

³⁹ BSG, Urteil vom 31. 1. 1979, SozR 2200, § 1237 b Nr. 3; Bayerisches LSG, Urteil vom 12. 12. 2002, L 18 SB 22/01, E-LSG SB-039; für das Krankenversicherungsrecht so auch *Schulin/Schneider*, Handbuch Sozialversicherungsrecht, Band 1, § 22, Rn. 343.

nem regelwidrigen medizinischen Defizit auch eine Funktionsbeeinträchtigung hervorgeht.⁴⁰

Als körperliche Funktionsbeeinträchtigungen sind in diesem Zusammenhang etwa Störungen des Stütz- und Bewegungsapparates, Sehstörungen, Blindheit und Gehörlosigkeit, aber auch Schädigungen oder Fehlfunktionen innerer Organe wie zum Beispiel Stoffwechselstörungen zu verstehen.⁴¹ Geistige Funktionsbeeinträchtigungen mit Behinderungswert sind beispielsweise Legasthenie, Intelligenzmangel, Debilität, Imbecilität, Demenz sowie Mongolismus. Zu den seelischen Behinderungen werden klassische Psychosen wie etwa die Schizophrenie gezählt, ferner auch Neurosen und sonstige Persönlichkeitsstörungen.⁴² Bloße Störungen des sozialen Wohlbefindens werden dagegen nicht als behinderungsrelevanten Beeinträchtigungen anerkannt.⁴³ Diese gilt es daher von rechtserheblichen Traumatisierungen abzugrenzen, die das Ausmaß einer psychischen Störung haben und daher als Behinderung eingestuft werden können.⁴⁴

e. Dauerhafte Abweichung von dem für das Lebensalter typischen Zustand

Um die Behinderung von dem Vorliegen einer Krankheit als einem bloß temporären Zustand abzugrenzen, enthält die Legaldefinition des § 2 Abs. 1 SGB IX ferner eine rein zeitliche Komponente. Eine Behinderung kann danach nur dann vorliegen, wenn das regelwidrige medizinische Defizit mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate andauern wird.

Gefordert ist damit eine Prognoseentscheidung. Nach der Art der Gesundheitsstörung ist zu ermitteln, ob die von der gesundheitlichen Störung ausgehende Funktions- und Teilhabebeeinträchtigung voraussichtlich die Dauer von sechs Monaten überschreiten wird.⁴⁵ Diese Prognoseentscheidung kann auch zu Beginn der krankheitsbedingten Funktionsbeeinträchtigung

⁴⁰ *Leder*, Das Diskriminierungsverbot wegen einer Behinderung, S. 141, 142; *Masuch*, FS 50 Jahre BSG, S. 199, (207).

⁴¹ GK-SGB IX/*Schimanski*, Band 1, § 2, Rn. 58 ff.

⁴² Ausführlich hierzu GK-SGB IX/*Schimanski*, Band 1, § 2, Rn. 72 ff.

⁴³ *Neumann*, Handbuch SGB IX, § 5, Rn. 9.

⁴⁴ *Masuch*, FS 50 Jahre BSG, S. 199, (207).

⁴⁵ BSG, Urteil vom 12. 4. 2000, br 2000, S. 184, (184); GK SGB IX/*Schimanski*, Band 1, § 2, Rn. 51.

getroffen werden, nicht erforderlich ist also, dass die gesundheitliche Beeinträchtigung bereits sechs Monate besteht.⁴⁶

3. Der Begriff der Schwerbehinderung

Für die Frage, wann eine Behinderung im Sinne des § 2 SGB IX als Schwerbehinderung einzustufen ist und damit die Bestimmungen des schwerbehindertenrechtlichen Sonderkündigungsschutzes zur Anwendung gelangen, bietet das Gesetz die Möglichkeit einer eindeutigen Abgrenzung. Maßstab ist der sogenannte Grad der Behinderung (GdB). Stellt das Versorgungsamt auf Antrag des Betroffenen einen GdB von mindestens 50 fest, liegt eine Schwerbehinderung vor (§ 2 Abs. 2 SGB IX). Bei Menschen mit einem GdB von 30 ist eine Gleichstellung mit schwerbehinderten Menschen möglich, wenn sie infolge ihrer Behinderung ohne die Gleichstellung einen geeigneten Arbeitsplatz im Sinne von § 73 SGB IX nicht erlangen oder nicht behalten können (§ 2 Abs. 3 SGB IX).

Der als Maßstab dienende GdB bringt zum Ausdruck, wie schwerwiegend die Auswirkungen sind, welche die Funktionsbeeinträchtigung des Betroffenen in allen gesellschaftlichen Bereichen, unter anderem im Arbeitsleben hat.⁴⁷ Hierdurch wird noch einmal deutlich, dass nach dem aktuellen Verständnis nicht allein die Funktionsbeeinträchtigung als Ursache der Behinderung angesehen wird, sondern dass erst die gesellschaftlichen Reaktionen auf diese Funktionsbeeinträchtigung die Behinderung begründen.⁴⁸

Die Schwere der Auswirkungen einer Funktionsbeeinträchtigung in Form der eingeschränkten gesellschaftlichen Teilhabe wird unter Zugrundelegung der vom Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung herausgegebenen *Anhaltspunkte für die ärztliche Gutachtertätigkeit im sozialen Entschädigungsrecht und nach dem Schwerbehindertengesetz* gemessen. Diese Anhaltspunkte enthalten Bewertungen einzelner Funktionsbeeinträchtigungen, die anhand langjährigen Gutachterwissens und Gutachtererfahrung getroffen wurden.⁴⁹ Von der Rechtsprechung als *antizipierte Sach-*

⁴⁶ BSG, Urteil vom 12. 4. 2000, a.a.O. (Fn. 45); *Leder*, Das Diskriminierungsverbot wegen einer Behinderung, S. 145, 146; *Masuch*, FS 50 Jahre BSG, S. 199, (206).

⁴⁷ *Mrozynski*, SGB IX, Teil 1, § 2, Rn. 48.

⁴⁸ Vgl. den Ausschussbericht zum Gesetzesentwurf des SGB IX, BT-DS 14/5800, S. 11 zu Art. 1 § 2; BSG, Urteil vom 7. 11. 2001, *VersorgVerw* 2002, S. 26, (26).

⁴⁹ *Mrozynski*, SGB IX, Teil 1, § 2, Rn. 49.

verständigengutachten anerkannt⁵⁰, kann mit Hilfe dieser Anhaltspunkte jeder Behinderung ein entsprechender Schweregrad zugeordnet werden und damit das Vorliegen einer Schwerbehinderung vom Vorliegen einer nur *einfachen* Behinderung abgegrenzt werden.⁵¹

⁵⁰ BVerfG, Urteil vom 6. 3. 1995, NJW 1995, S. 3049, (3049 ff.); BSG, Urteil vom 29. 8. 1990, BSGE 67, S. 204, (208 ff.); BSG, Urteil vom 23. 6. 1993, BSGE 72, S. 285, (286); BSG, Urteil vom 11. 10. 1994, BSGE 75, S. 175, (178); BSG, Urteil vom 1. 9. 1999, SozR 3-3100 § 30 Nr. 22, S. 66; *Neumann*, Handbuch SGB IX, § 5, Rn. 8.

⁵¹ Weitere Voraussetzung für das Vorliegen einer Schwerbehinderung im Sinne des SGB IX ist darüber hinaus, dass die Person ihren Wohnsitz, ihren gewöhnlichen Aufenthalt oder ihre Beschäftigung rechtmäßig im Geltungsbereich des SGB IX hat, vgl. § 2 Abs. 2 SGB IX.

Zweiter Teil: Gegenstand und Zwecksetzung der zugunsten schwerbehinderter Arbeitnehmer bestehenden kündigungspräventiven Vorschriften

A. Einführung

Nachdem nunmehr feststeht, was unter Prävention im Sinne des Kündigungsschutzrechts zu verstehen ist, und wann eine Person als behindert bzw. schwerbehindert angesehen werden kann, soll im Folgenden eine Untersuchung der speziell zugunsten schwerbehinderter Arbeitnehmer geltenden Vorschriften der §§ 81, 84 SGB IX erfolgen.

Durch die Darstellung der inhaltlichen Ausgestaltung und des Anwendungsbereichs der genannten Vorschriften soll deren kündigungspräventive Zwecksetzung bzw. die kündigungspräventive Wirkung herausgearbeitet werden, die diese Vorschriften erzeugen sollen. Ziel ist es festzustellen, auf welche Weise die §§ 81, 84 SGB IX nach ihrer jeweiligen gesetzlichen Konzeption den Ausspruch arbeitgeberseitiger Kündigungen wegen behinderungsbedingter Schwierigkeiten präventiv zu vermeiden suchen. Im Anschluss an die getroffenen Feststellungen soll im dritten Teil der Arbeit untersucht werden, ob die normativen Ziele auch erreicht werden können, das heißt, ob das jeweilige gesetzliche Konzept in der betrieblichen Praxis seine gewünschte kündigungspräventive Wirkung entfalten kann, arbeitgeberseitige Kündigungen durch die Anwendung der §§ 81, 84 SGB IX also vermieden und Arbeitsplätze zugunsten schwerbehinderter Arbeitnehmer erhalten werden.

B. Primärprävention nach § 81 SGB IX

I. Gegenstand und Zielsetzung der Arbeitgeberpflichten aus § 81 Abs. 3, Abs. 4 und Abs. 5 SGB IX

Ausgehend von der Frage, auf welche Weise die Vorschrift des § 81 SGB IX die Prävention arbeitgeberseitiger Kündigungen zu erreichen sucht, konzentriert sich die Bearbeitung allein auf die Absätze 3, 4 und 5 des § 81 SGB IX. Denn die Absätze 1 und 2 des § 81 SGB IX beziehen sich ausschließlich auf Fragen, die mit der Neubegründung von Arbeitsverhältnissen in Zusammenhang stehen und die Einstellung schwerbehinderter Menschen fördern sollen. Die Regelungen des

§ 81 Abs. 3, 4 und 5 SGB IX betreffen dagegen das bereits bestehende Beschäftigungsverhältnis und sind damit von Bedeutung für die Darstellung der kündigungspräventiven Zwecksetzung bzw. der beabsichtigten kündigungspräventiven Wirkung des § 81 SGB IX.⁵²

Nach § 81 Abs. 4 und Abs. 5 SGB IX ist der Arbeitgeber zu einer fähigkeits- und behindertengerechten Gestaltung der Arbeitsbedingungen im Betrieb, zu einer bevorzugten Berücksichtigung bei der beruflichen Bildung sowie zur Einrichtung von Teilzeitarbeitsplätzen zugunsten schwerbehinderter Arbeitnehmer verpflichtet.

Übergreifendes Ziel dieser Pflichten nach § 81 Abs. 4 und Abs. 5 SGB IX ist es, die im Betrieb schon bestehenden Arbeitsverhältnisse schwerbehinderter Arbeitnehmer möglichst dauerhaft zu erhalten. Dies kommt ausdrücklich in § 81 Abs. 3 SGB IX zum Ausdruck, der eine Pauschalverpflichtung an die nach § 71 SGB IX beschäftigungspflichtigen Arbeitgeber⁵³ formuliert, durch *geeignete Maßnahmen* sicherzustellen, dass wenigstens die vorgeschriebene Zahl schwerbehinderter Menschen eine möglichst dauerhafte behindertengerechte Beschäftigung finden kann.⁵⁴ § 81 SGB IX ist damit nicht ausdrücklich und unmittelbar auf die Prävention arbeitgeberseitiger Kündigungen ausgerichtet. Die Prävention arbeitgeberseitiger Kündigungen ist aber wesentliches Mittel, um das Ziel der Sicherung schon bestehender Arbeitsplätze erreichen zu können. So belegen denn auch die nachfolgend darzustellenden, in den Absätzen 4 und 5 des § 81 SGB IX geregelten Pflichten des Arbeitgebers, welche

⁵² Vgl. zur Abgrenzung der Regelungen auch GK-SGB IX/*Großmann*, Band 2, § 81 SGB IX, Rn. 302.

⁵³ Die Beschäftigungspflicht trifft öffentliche und private Arbeitgeber, die über mindestens 20 Arbeitsplätze verfügen; diese Arbeitgeber haben auf wenigstens 5% der Arbeitsplätze schwerbehinderte Menschen zu beschäftigen oder alternativ nach § 77 SGB IX pro unbesetzten Pflichtarbeitsplatz eine Ausgleichsabgabe an das jeweils zuständige Arbeitsamt zu entrichten.

⁵⁴ Diese Pauschalverpflichtung bezieht sich nicht nur auf schon bestehende Arbeitsverhältnisse mit schwerbehinderten Menschen, sondern stellt auch klar, dass der Arbeitgeber verpflichtet ist, auch bisher nicht vorhandene behindertengerechte Arbeitsplätze durch *geeignete Maßnahmen* neu zu schaffen, um seine Pflichtquote zu erfüllen, vgl. *Müller-Wenner/Schorn*, SGB IX, Teil 2, § 81, Rn. 55; zum Teil wird die Regelung des § 81 Abs. 3 SGB IX auch als Programmsatz und sozialpolitische Zielformulierung an den Arbeitgeber bezeichnet, vgl. *Kossens/von der Heide/Maaß/Kossens*, SGB IX, § 81, Rn. 35; welche Rechtsnatur die Regelung hat, kann aber dahinstehen, denn sie begründet jedenfalls keine Individualansprüche des schwerbehinderten Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber.

§ 81 Abs. 3 SGB IX konkretisieren und festlegen, was unter *geeigneten Maßnahmen* im Sinne des § 81 Abs. 3 Satz 1 SGB IX zu verstehen ist, die beabsichtigte kündigungspräventive Wirkung der Norm.

1. Die Pflicht zur fähigkeitsgerechten Beschäftigung

§ 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB IX konkretisiert die aus dem Arbeitsverhältnis folgende allgemeine Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers und verpflichtet diesen bei schwerbehinderten Arbeitnehmern zu einer Beschäftigung, die den individuellen Kenntnissen und Fähigkeiten des Arbeitnehmers möglichst gerecht wird.⁵⁵ Hierdurch werden die unternehmerische Gestaltungsfreiheit und das Direktionsrecht des Arbeitgebers eingeschränkt und zwar nicht nur bei der erstmaligen Zuweisung eines Arbeitsplatzes, sondern auch im laufenden Arbeitsverhältnis sowie im Rahmen von Versetzungen und Beförderungen.⁵⁶ In diesem Zusammenhang ist der Arbeitgeber verpflichtet, den schwerbehinderten Arbeitnehmer nicht zu Bedingungen zu beschäftigen, die ihn unter- oder überfordern.⁵⁷ Bei Beförderungen ist der schwerbehinderte Arbeitnehmer bevorzugt zu berücksichtigen, wenn er im Verhältnis zu den Mitbewerbern über eine gleiche Eignung, Leistung und Befähigung verfügt und die betrieblichen Belange einer höherwertigen Beschäftigung nicht entgegenstehen.⁵⁸ Zur fähigkeitsgerechten Beschäftigung gehört auch die Pflicht des Arbeitgebers nach § 124 SGB IX, den schwerbehinderten Arbeitnehmer auf sein Verlangen von Mehrarbeit freizustellen. Auch dies soll schwerbehinderte Arbeitnehmer vor

⁵⁵ Dass eine allgemeine Pflicht des Arbeitgebers zur tatsächlichen Beschäftigung besteht, ist durch richterliche Rechtsfortbildung entwickelt und heute gemeinhin anerkannt, vgl. BAG, Urteil vom 10. 11. 1955, BAGE 2, S. 221, (221, 224 ff.); BAG, Urteil vom 19. 8. 1976, AP Nr. 4 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht, Bl. 381, (382 ff.); BAG, Beschluss vom 27. 2. 1985, BAGE 48, S. 122, (122, 125 ff.); *Cramer*, SchwbG, § 14, Rn. 13; *Erfurter Kommentar/Preis*, § 611 BGB, Rn. 563 ff.; *MüArbR/Reichold*, Band 1, § 84, Rn. 4 ff.; gleichfalls anerkannt ist, dass die allgemeine Beschäftigungspflicht durch § 81 SGB IX konkretisiert wird, vgl. LAG Berlin, Urteil vom 5. 12. 1977, AP Nr. 1 zu § 11 SchwbG, Bl. 594, (Bl. 594 ff.); *Cramer*, SchwbG, § 14 SchwbG, Rn. 15; *Zipprich*, Prävention arbeitsbedingter Erkrankungen, S. 146.

⁵⁶ GK-SGB IX/*Großmann*, Band 2, § 81 SGB IX, Rn. 312 ff.

⁵⁷ GK-SGB IX/*Großmann*, a.a.O. (Fn. 56), Rn. 316; *Neumann*, Handbuch SGB IX, § 18, Rn. 18; *Hauck/Noftz*, SGB IX, § 81, Rn. 33.

⁵⁸ BAG, Urteil vom 12. 11. 1980, AP Nr. 3 zu § 11 SchwbG, Bl. 745, (746); BAG, Urteil vom 28. 4. 1998, NZA 1999, S. 152, (152 ff.); BVerwG, Urteil vom 22. 10. 1991, Buchholz 232 § 79 BGB Nr. 106; *Müller-Wenner/Schorn*, SGB IX, Teil 2, § 81, Rn. 66; *Neumann*, a.a.O. (Fn. 57).

Überbelastung schützen, mit dem Ziel, ihre Leistungsfähigkeit nicht zu gefährden. Der Arbeitgeber muss danach einen schwerbehinderten Arbeitnehmer von der Arbeit freistellen, die über die vertraglich vereinbarte Arbeitszeit hinausgeht, sofern der Arbeitnehmer dies rechtzeitig geltend macht.⁵⁹

Die Pflicht zur fähigkeitsgerechten Beschäftigung ist auch von Bedeutung, wenn der schwerbehinderte Arbeitnehmer seine bisherige arbeitsvertraglich geschuldete Tätigkeit nicht mehr oder nur noch zum Teil ausüben kann und das Arbeitsverhältnis daher in seinem Bestand bedroht sein kann. Dies belegt ausdrücklich der nach § 81 Abs. 5 Satz 3 SGB IX vorgesehene Teilzeitananspruch des schwerbehinderten Arbeitnehmers, der ebenfalls dem Bereich der fähigkeitsgerechten Beschäftigung zugeordnet werden kann. Dieser besteht nach dem Wortlaut des § 81 Abs. 5 Satz 3 SGB IX dann, wenn die kürzere Arbeitszeit wegen Art oder Schwere der Behinderung notwendig ist, also insbesondere in Fällen nachlassender Leistungsfähigkeit.

2. Die Pflicht zur behindertengerechten Einrichtung und Unterhaltung der Arbeitsbedingungen

Neben der fähigkeitsgerechten Beschäftigung ist der Arbeitgeber nach § 81 Abs. 4 Nr. 4 SGB IX zur behindertengerechten Beschäftigung verpflichtet. Die behindertengerechte Beschäftigung bezieht sich im Gegensatz zur fähigkeitsgerechten Beschäftigung auf die Anpassung der Arbeitsbedingungen an behinderungsbedingte Leistungseinschränkungen, die auf körperliche Defizite (verringerte Leistungskraft, körperliche Beeinträchtigungen) zurückzuführen sind, nicht aber auf geistige oder fachliche Mängel des schwerbehinderten Arbeitnehmers.

Die Pflicht zur behindertengerechten Beschäftigung lässt sich in eine rein technisch zu verstehende Pflicht und in eine betrieblich-organisatorische Pflicht des Arbeitgebers zur Anpassung der Arbeitsbedingungen an die Behinderung einteilen.⁶⁰

Die technisch ausgerichtete Gestaltungspflicht deckt sich zu großen Teilen mit den Bestimmungen des allgemeinen Arbeitsschutzrechts, denen es darum geht, die Arbeitsbedingungen möglichst gefahrminimierend zu gestalten, um arbeitsbedingte Gesundheitsbeeinträchtigungen der

⁵⁹ Neumann/Pahlen/Majerski-Pahlen/Pahlen, SGB IX, § 124, Rn. 3.

⁶⁰ GK-SGB IX/Großmann, Band 2, § 81 SGB IX, Rn. 355.

Beschäftigten zu vermeiden. Ziel dieser Gestaltungspflichten ist es, schwerbehinderte Arbeitnehmer bei der Arbeit möglichst nicht Einflüssen oder Belastungen auszusetzen, die eine Verschlimmerung ihrer behinderungsbedingten Beeinträchtigungen zur Folge hätten.⁶¹

Die technische Gestaltungspflicht aus § 81 Abs. 4 Nr. 4 SGB IX wird erweitert durch § 81 Abs. 4 Nr. 5 SGB IX, wonach der Arbeitgeber verpflichtet ist, den Arbeitsplatz mit den erforderlichen technischen Arbeitshilfen auszustatten unter Berücksichtigung der jeweiligen Behinderung und den jeweiligen körperlichen Fähigkeiten des betroffenen Arbeitnehmers. Die Ausstattung mit technischen Arbeitsmitteln soll dazu beitragen, dem schwerbehinderten Arbeitnehmer die Ausführung einer bestimmten Arbeitstätigkeit zu ermöglichen oder zu erleichtern, die er ohne diese Hilfsmittel nicht oder nur schwer ausführen könnte.⁶²

Die technische Gestaltungspflicht bezieht sich nicht nur auf den Arbeitsplatz, sondern auch auf das sonstige Arbeitsumfeld, in dem sich der schwerbehinderte Arbeitnehmer bestimmungsgemäß aufhält,⁶³ sowie auf die gesamte Betriebseinrichtung, die der Verrichtung der vertraglichen Arbeitstätigkeit dient.⁶⁴

Bei der organisatorischen Gestaltungspflicht des Arbeitgebers geht es um die Frage, wie der Arbeitgeber den schwerbehinderten Arbeitnehmer zur Erbringung der geschuldeten Arbeitsleistung tatsächlich einsetzt und welche Arbeiten er ihm überträgt. Beispielsweise kann aus § 81 Abs. 4 Nr. 4 SGB IX die Pflicht folgen, einen schwerbehinderten Arbeitnehmer nur im Rahmen von Gruppenarbeit oder nur an Sitz-Arbeitsplätzen einzusetzen, wenn Einzelarbeit bzw. ein Steh-Arbeitsplatz ihn überfordern würde.⁶⁵ Auch kann der Arbeitgeber verpflichtet sein, dem

⁶¹ Zum Beispiel ist der Arbeitgeber gehalten, einen bronchialkranken, schwerbehinderten Arbeitnehmer nicht an Arbeitsplätzen einzusetzen, auf denen er einer ständigen Staubbelastung ausgesetzt wäre, bzw. an Arbeitsplätzen für ausreichend Belüftungsmöglichkeiten zu sorgen, zu weiteren Beispielen vgl. die umfassende Darstellung bei GK-SGB IX/*Großmann*, Band 2, § 81, Rn. 362.

⁶² GK-SGB IX/*Großmann*, Band 2, § 81 SGB IX, Rn. 371 ff.; *Müller-Wenner/Schorn*, SGB IX, Teil 2, § 81, Rn. 74.

⁶³ So kann sich für den Arbeitgeber etwa die Pflicht ergeben, Toiletten, Zugänge, Treppen oder Aufzüge behindertengerecht zu gestalten, Rollstuhlfahrern etwa, wenn nicht anders möglich, den Zugang über eine Rampe zu ermöglichen; was hier im Einzelnen erforderlich ist, ergibt sich jeweils aus den Umständen des Einzelfalls, vgl. *Kossens/von der Heide/Maaß/Kossens*, SGB IX, § 81 SGB IX, Rn. 53 ff.

⁶⁴ GK-SGB IX/*Großmann*, Band 2, § 81 SGB IX, Rn. 356.

⁶⁵ GK-SGB IX/*Großmann*, a.a.O. (Fn. 64), Rn. 361.

schwerbehinderten Arbeitnehmer nur bestimmte Arbeiten zu übertragen, die dann ausschließlich von ihm übernommen werden, während seine Kollegen auf vergleichbaren Arbeitsplätzen die übrigen Aufgaben in diesem Bereich übernehmen.⁶⁶ Zu derartigen organisatorischen Umgestaltungen ist der Arbeitgeber nach Ansicht des BAG allerdings nur dann verpflichtet, wenn sie ohne großen Aufwand und ohne nachteilige Auswirkungen auf den Arbeitsablauf und das Arbeitsergebnis und ohne gravierende Nachteile für die übrige Belegschaft möglich sind.⁶⁷

Die Pflicht zur behindertengerechten Beschäftigung ist, wie die Pflicht zur fähigkeitsgerechten Beschäftigung, auch zu beachten, wenn der schwerbehinderte Arbeitnehmer seine bisherige Tätigkeit behinderungsbedingt nicht mehr oder nur noch eingeschränkt ausüben kann. Die Pflichten des Arbeitgebers sind dann nicht mehr primärpräventiv darauf ausgerichtet, dem Entstehen behinderungsbedingter Schwierigkeiten entgegenzuwirken. Vielmehr sind die Pflichten des Arbeitgebers dann sekundärpräventiv darauf ausgerichtet, eine Verschlimmerung der Schwierigkeiten zu verhindern und dem schwerbehinderten Arbeitnehmer trotz seiner Leistungseinschränkungen den Arbeitsplatz zu erhalten.

3. Die Pflicht zur Förderung der beruflichen Bildung

§ 81 Abs. 4 Nr. 2 und 3 SGB IX enthält die Verpflichtung des Arbeitgebers, dafür Sorge zu tragen, dass die von ihm beschäftigten schwerbehinderten Arbeitnehmer ihre fachlichen Fähigkeiten noch weiter ausbauen können. Hierzu ist der Arbeitgeber verpflichtet, schwerbehinderte Arbeitnehmer bei der Durchführung innerbetrieblicher beruflicher Bildungsmaßnahmen bevorzugt zu berücksichtigen und ihnen die Teilnahme an außerbetrieblichen Bildungsmaßnahmen zu erleichtern.⁶⁸

Ausgehend von der Begriffsbestimmung des Berufsbildungsgesetzes zählen nach allgemeiner Ansicht zu den in § 81 SGB IX genannten beruflichen Bildungsmaßnahmen Maßnahmen der Berufsausbildung, der

⁶⁶ Müller-Wenner/Schorn, SGB IX, Teil 2, § 81, Rn. 71.

⁶⁷ BAG, Urteil vom 14. 7. 1983, 2 AZR 34/82, veröffentlicht bei Juris; in dem zitierten Urteil bezieht sich das BAG allerdings auf die Umgestaltungspflichten des Arbeitgebers in einem Fall, in dem der schwerbehinderte Arbeitnehmer seine bisherige Tätigkeit nicht mehr vollständig ausüben konnte, woraufhin der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer kündigte; dies beweist wiederum die Doppelrelevanz der Pflichten aus § 81 Abs. 4 SGB IX im Bereich der Kündigungsprävention.

⁶⁸ Vgl. § 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 und 3 SGB IX.

beruflichen Fortbildung sowie der beruflichen Umschulung.⁶⁹ Der Arbeitgeber muss also nicht nur den Ausbau und Erhalt schon bestehender Fähigkeiten schwerbehinderter Arbeitnehmer fördern, sondern auch den Erwerb zusätzlicher Qualifikationen ermöglichen, aufgrund derer eine Beschäftigung ggf. auf anderen Arbeitsplätzen möglich bleibt, wenn der schwerbehinderte Arbeitnehmer seine bisherige Tätigkeit nicht mehr ausüben kann.⁷⁰

Auch hier zeigt sich die typische *doppelte Relevanz* der Pflichten aus § 81 Abs. 4 SGB IX. Nicht nur im ungestörten Arbeitsverhältnis, sondern erst recht, wenn es bereits zu Leistungswandlungen gekommen ist, verpflichtet § 81 Abs. 4 SGB IX den Arbeitgeber, sich im Wege der beruflichen Qualifizierung um eine Weiterbeschäftigung des schwerbehinderten Arbeitnehmers zu bemühen.

II. Zwischenergebnis

§ 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX konkretisiert die allgemeine Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers zu einer besonderen Pflicht gegenüber schwerbehinderten Arbeitnehmern. Diese sind möglichst unter besonderer Berücksichtigung ihrer individuellen Fähigkeiten und behinderungsbedingten Einschränkungen zu beschäftigen. Die Arbeitsbedingungen schwerbehinderter Arbeitnehmer sind in technischer und organisatorischer Hinsicht entsprechend anzupassen und zu gestalten, soweit dies für den Arbeitgeber zumutbar und nicht mit unverhältnismäßigen Aufwendungen verbunden ist. Ferner sind die beruflichen Fähigkeiten und Kenntnisse schwerbehinderter Arbeitnehmer soweit wie möglich zu fördern und auszubauen.

Übergreifendes Ziel der besonderen Pflichten des Arbeitgebers nach § 81 Abs. 4 und Abs. 5 SGB IX ist es, schwerbehinderten Arbeitnehmern möglichst dauerhaft ihr Arbeits- oder Beschäftigungsverhältnis zu erhalten. Zu diesem Zweck sind die besonderen Pflichten aus § 81 Abs. 4 und Abs. 5 SGB IX darauf ausgerichtet, dazu beizutragen, dass es gar nicht erst zu behinderungsbedingten Einschränkungen der Leistungsfähigkeit oder zu sonstigen kündigungsrelevanten Schwierigkeiten eines schwerbehinderten Arbeitnehmers kommt und damit arbeitgeberseitige Kündigungen vermieden werden. Hierzu versucht § 81 Abs. 4 und Abs. 5 SGB IX im Sinne von Primärprävention, durch die dargestellten Gestaltungspflichten des

⁶⁹ GK-SGB IX/*Großmann*, Band 2, § 81 SGB IX, Rn. 343 ff.

⁷⁰ GK-SGB IX/*Großmann*, a.a.O. (Fn. 69), Rn. 346.

Arbeitgebers äußere und personengebundene Risiken am Arbeitsplatz, die kündigungsrelevante Schwierigkeiten im Arbeitsverhältnis verursachen und infolgedessen den Verlust des Arbeitsplatzes durch Kündigung mit sich bringen können, möglichst frühzeitig zu vermeiden oder zu minimieren. Nach dem Entstehen von Leistungseinschränkungen oder sonstiger kündigungsrelevanter Schwierigkeiten sollen zudem durch die genannten Pflichten des Arbeitgebers Verschlimmerungen vermieden und eine negative Entwicklung möglichst aufgehalten werden.

Die Pflichten des Arbeitgebers aus § 81 Abs. 4 und Abs. 5 SGB IX können damit aufgrund ihrer besonderen primär- und sekundärpräventiven Ausrichtung dazu beitragen, dass es nicht zu kündigungsrelevanten Schwierigkeiten im Arbeitsverhältnis eines schwerbehinderten Arbeitnehmers kommt. Hierdurch können sie bewirken, dass arbeitgeberseitige Kündigungen wegen behinderungsbedingtem Abfall der Leistungsfähigkeit oder wegen behinderungsbedingter Fehlzeiten vermieden werden.

Ob diese gewünschten kündigungspräventiven Wirkungen auch praktisch wirksam werden, soll hier zunächst dahinstehen. Hierauf wird im dritten Teil der Arbeit zurückzukommen sein. Zunächst ist auf das *kündigungspräventive Konzept* des § 84 SGB IX einzugehen.

C. Sekundärprävention nach § 84 SGB IX

I. Einführung

Im Bereich der Sekundärprävention gibt es neben den bereits dargestellten Pflichten des Arbeitgebers aus § 81 Abs. 4 und Abs. 5 SGB IX zwei weitere Verfahren, die darauf ausgerichtet sind, bereits eingetretene kündigungsrelevante Schwierigkeiten eines schwerbehinderten Arbeitnehmers zu beseitigen und zu einer dauerhaften Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu gelangen. Dies sind das Präventionsverfahren nach § 84 Abs. 1 SGB IX und das sogenannte Verfahren des betrieblichen Eingliederungsmanagements (BEM) nach § 84 Abs. 2 SGB IX.

Zur Feststellung, auf welche Weise diese Verfahren nach ihrer gesetzlichen Konzeption eine kündigungspräventive Wirkung zu erzeugen suchen, soll im Folgenden zunächst der Gegenstand der jeweiligen Verfahren sowie der sie auslösende Tatbestand herausgearbeitet werden. Ferner wird das Verhältnis der beiden Verfahren zueinander untersucht, also die Frage beant-

wortet, ob die Durchführung des einen die Durchführung des anderen Verfahrens ggfs. entbehrlich machen kann. In einem weiteren Schritt soll beantwortet werden, in welchem Umfang die Verfahren gemäß ihrer gesetzlichen Konzeption die gewünschte kündigungspräventive Wirkung entfalten sollen. Hier gilt es zu klären, ob die in § 84 SGB IX geregelten Verfahren auch schon in den ersten sechs Monaten der Beschäftigung, im Rahmen des befristeten Arbeitsverhältnisses und des faktischen Arbeitsverhältnisses zu beachten sind. Schließlich wird untersucht, ob das Präventionsverfahren und das BEM auch vor Ausspruch einer außer-ordentlichen Kündigung sowie vor Ausspruch einer Änderungskündigung durchzuführen sind und in welchen Fällen die Durchführung der Verfahren ausnahmsweise entbehrlich ist.

Durch die Untersuchung des genauen Anwendungsbereichs des § 84 SGB IX soll, wie in der Einleitung bereits erwähnt, Klarheit darüber verschafft werden, auf welche Art und Weise die Vorschriften bewirken wollen, dass der Ausspruch arbeitgeberseitiger Kündigungen vermieden wird.

II. Gegenstand und auslösender Tatbestand des Präventionsverfahrens

1. Gegenstand des Präventionsverfahrens

Das in § 84 Abs. 1 SGB IX normierte Präventionsverfahren wurde erstmals mit dem Gesetz zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit Schwerbehinderter vom 29. September 2000 in das Schwerbehindertenrecht eingeführt. Die der Einführung des Verfahrens zugrunde liegende Intention des Gesetzgebers war es dabei, die hohe Arbeitslosenzahl unter schwerbehinderten Menschen, die 1998 bei 18 % im Vergleich zu einer allgemeinen Arbeitslosenquote von 11,1 % lag, schnellstmöglich zu reduzieren.⁷¹ Daneben sollten die bereits mit Schwerbehinderten besetzten Arbeitsplätze möglichst erhalten bleiben.⁷² Damit handelt es sich bei § 84 Abs. 1 SGB IX um ein ausschließlich zugunsten schwerbehinderter Menschen bestehendes Inter-

⁷¹ Innerhalb von 2-3 Jahren sollten etwa 50.000 arbeitslose schwerbehinderte Menschen in den ersten Arbeitsmarkt integriert werden, vgl. die Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit Schwerbehinderter vom 16. 5. 2000, BT-DS 14/3372, S. 15; *Kossens/Maaß*, NZA 2000, S. 1025, (1025); *Müller-Wenner/Schorn*, SGB IX, Teil 2, § 68, Rn. 23.

⁷² *Kossens/Maaß*, a.a.O. (Fn. 71), S. 1025, (1027).

ventionsverfahren, was die Stellung der Norm im Teil 2 des SGB IX verdeutlicht, der gemäß § 68 Abs. 1 SGB IX ausdrücklich auf schwerbehinderte und diesen gleichgestellte behinderte Menschen beschränkt ist.⁷³

Der Gegenstand des Präventionsverfahrens ergibt sich unmittelbar aus dem Wortlaut des § 84 Abs. 1 SGB IX. Danach schaltet der Arbeitgeber bei Eintreten von personen-, verhaltens-, oder betriebsbedingten Schwierigkeiten im Arbeits- oder sonstigen Beschäftigungsverhältnis, die zur Gefährdung dieses Verhältnisses führen können, möglichst frühzeitig die Schwerbehindertenvertretung, den Betriebs- oder Personalrat bzw. die sonstigen in § 93 SGB IX genannten Personalvertretungsorgane⁷⁴ sowie das Integrationsamt ein, um mit diesen alle Möglichkeiten und alle zur Verfügung stehenden Hilfen zur Beratung und mögliche finanzielle Leistungen zu erörtern, mit denen die Schwierigkeiten beseitigt werden können und das Arbeits- oder sonstige Beschäftigungsverhältnis⁷⁵ möglichst dauerhaft fortgesetzt werden kann.

Gegenstand des Präventionsverfahrens ist danach ein vom Arbeitgeber einzuleitendes Erörterungsverfahren. Der Begriff der Erörterung bringt zum Ausdruck, dass es – anders als bei den sonstigen der Kündigung vorgeschalteten Beteiligungsverfahren nach § 102 BetrVG und

⁷³ Ob diese Einschränkung des Anwendungsbereichs des § 84 Abs. 1 SGB IX auch nach Einführung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) im Hinblick auf die Pflicht des Arbeitgebers zur Vornahme angemessener Vorkehrungen nach Art. 5 der Richtlinie 2000/78/EG des Rates zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf vom 27. November 2000 so weitergelten kann, soll hier dahingestellt bleiben; denn die Arbeit bezieht sich nur auf den präventiven Kündigungsschutz zugunsten schwerbehinderter Arbeitnehmer und soll nicht untersuchen, welchen Schutz einfachbehinderte oder erkrankte Arbeitnehmer genießen, die ggf. dem weitergehenden Schutz des AGG unterfallen.

⁷⁴ Neben dem Betriebs- oder Personalrat bezieht sich die Erörterungspflicht nach § 93 SGB IX auf Richter-, Staatsanwalts- und Präsidialrat; die genannten Personalvertretungsorgane sind je nach Art des Beschäftigungsverhältnisses zu beteiligen; handelt es sich um ein privatrechtliches Arbeitsverhältnis, ist der Betriebsrat zu beteiligen, bei einem öffentlich-rechtlichen Beschäftigungsverhältnis der Personalrat; geht es um Probleme mit einem schwerbehinderten Richter, sind Richterrat und Präsidialrat einzuschalten, bei einem schwerbehinderten Staatsanwalt der Staatsanwaltsrat.

⁷⁵ Im Folgenden soll zusammenfassend nur von *Arbeitsverhältnis* gesprochen werden, damit ist aber zugleich auch das sonstige Beschäftigungsverhältnis miteinbezogen.

§ 95 Abs. 2 Satz 1 SGB IX – nicht nur um eine bloß einseitige Unterrichtung bzw. Anhörung der genannten Stellen durch den Arbeitgeber geht.⁷⁶

Die Erörterung umschreibt vielmehr ein zweistufiges Beteiligungsverfahren, das über die Anhörung hinausgeht. Der zeitlich vorgelagerten Unterrichtung folgt – anders als bei der Anhörung – eine gemeinsame Beratung. Bei dieser Beratung hat der Arbeitgeber die Vorschläge von Betriebsrat, Schwerbehindertenvertretung oder Integrationsamt zur Konfliktbewältigung nicht bloß zur Kenntnis zu nehmen, sondern sich mit deren Stichhaltigkeit und Objektivität in einem gemeinsamen Gespräch auseinanderzusetzen. Es soll der Versuch unternommen werden, gemeinsam eine Lösung zu erarbeiten, wie die Schwierigkeiten des Arbeitnehmers überwunden werden können.

Dieses Verständnis ergibt sich schon aus dem natürlichen Wortsinn des Begriffs Erörtern, der synonym verwandt wird für verhandeln, auseinandersetzen, diskutieren und besprechen, also auf einen gegenseitigen Austausch von Standpunkten und Vorschlägen ausgerichtet ist.⁷⁷

Darüberhinaus ist bei der Auslegung des Begriffs Erörtern aber auch die in § 99 SGB IX verankerte zwingende Verpflichtung des Arbeitgebers, der Schwerbehindertenvertretung und der Personalvertretungsorgane zu beachten, sich gegenseitig abzustimmen, zu unterrichten und eine gemeinsame Lösungssuche zu betreiben, mit dem Ziel, schwerbehinderten Menschen die Teilhabe am Arbeitsleben zu ermöglichen. § 99 SGB IX enthält eine Generalklausel, die auch zur Auslegung des in § 84 Abs. 1 SGB IX verwendeten Begriffs des Erörterns herangezogen werden kann.⁷⁸

Der Begriff des Erörterns verpflichtet die Parteien nicht, sich auf eine Lösung zu einigen und diese auch umzusetzen. Eine Pflicht, zu einer abschließenden Einigung zu gelangen, ist in § 84 Abs. 1 SGB IX nicht vorgesehen. Es bleibt damit letztlich der Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers

⁷⁶ So aber bei dem Verfahren nach § 102 BetrVG sowie dem Verfahren nach § 95 Abs. 2 SGB IX, die lediglich eine Anhörung von Betriebsrat bzw. Schwerbehindertenvertretung vor Ausspruch einer Kündigung vorsehen.

⁷⁷ Vgl. die Begriffsbestimmung im *Duden-Synonymwörterbuch*, Stichwort *erörtern*; wie hier versteht auch *Düwell* den Begriff des Erörterns als Austausch von Argumenten und Meinungen, vgl. *Dau/Düwell/Haines/Düwell*, Sozialgesetzbuch IX, § 84, Rn. 24.

⁷⁸ *Müller-Wenner/Schorn*, SGB IX, Teil 2, § 99, Rn. 2.

überlassen, ob und inwieweit er die erörterten Möglichkeiten umsetzen will.⁷⁹

Ebenfalls ungeregt bleibt im Rahmen des § 84 Abs. 1 SGB IX, welche Möglichkeiten zur Beseitigung der Schwierigkeiten und zum Erhalt des Arbeitsverhältnisses zu erörtern sind. Das Präventionsverfahren ist ergebnisoffen ausgestaltet. Es überlässt es den Verfahrensbeteiligten zu beurteilen, welche Maßnahmen ihnen im jeweiligen Einzelfall erforderlich und zumutbar erscheinen. Vielfach wird es im Rahmen des Präventionsverfahrens jedoch um Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten des Arbeitnehmers gehen, bei denen Beeinträchtigungen der betrieblichen Belange zukünftig ausgeschlossen werden können. In diesem Zusammenhang sind insbesondere die Pflichten des Arbeitgebers aus § 81 Abs. 4 und Abs. 5 SGB IX zu berücksichtigen, deren Zielvorstellungen im Rahmen des Präventionsverfahrens, falls noch nicht geschehen, umgesetzt werden sollen.⁸⁰

Gegenstand der Erörterungen können dementsprechend bei nachlassenden Fähigkeiten des Arbeitnehmers, die sich in Fehlzeiten oder Leistungsminderungen gezeigt haben, Möglichkeiten sein, ob und wie die Arbeitsbedingungen diesen Fähigkeiten angepasst werden können. Hier muss unter Beteiligung der fachkundigen Stellen geprüft werden, ob die behindertengerechte Einrichtung eines neuen Arbeitsplatzes erforderlich ist oder schon die behindertengerechte Umgestaltung des bisherigen Arbeitsplatzes bzw. der Arbeitsorganisation ausreichen kann. Das Integrationsamt kann hier aufgrund seines Sachverstandes bei der Beschäftigung Schwerbehinderter wertvolle Hilfestellungen bei der Umsetzung der aus § 81 Abs. 4 und Abs. 5 SGB IX folgenden Pflichten zur behinderten- und fähigkeitsgerechten Beschäftigung geben.

⁷⁹ So auch Dau/Düwell/Haines/Düwell, Sozialgesetzbuch IX, § 84, Rn. 26; wie es sich allerdings auf das Kündigungsrecht des Arbeitgebers auswirkt, wenn er eine bestehende, zumutbare Möglichkeit zur Konfliktbewältigung ungenutzt gelassen hat, ist eine andere Frage, auf die im weiteren Verlauf der Arbeit noch einzugehen sein wird, vgl. insoweit die Ausführungen unter: Dritter Teil, C., I.

⁸⁰ Dies folgt aus der Funktion des Präventionsverfahrens, die Umsetzung der Pflichten des Arbeitgebers aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX spätestens dann zu gewährleisten, wenn es zum Auftreten kündigungsrelevanter Schwierigkeiten im Arbeitsverhältnis eines schwerbehinderten Arbeitnehmers gekommen ist; so auch *Faber*, Anmerkung zum Urteil des BAG vom 4. 10. 2005, iqpr-Forum B, Diskussionsbei-trag Nr. 10/2006, S. 1, (5), im Internet veröffentlicht unter http://www.iqpr.de/iqpr/seiten/diskussionsforen/forumb/forum-b-de.asp#B10_2006, (letzter Abruf am 12. 10. 2010).

Ferner sind mögliche Umschulungs- oder Weiterbildungsmaßnahmen, die Bereitstellung technischer Arbeitshilfen sowie mögliche finanziellen Hilfen des Integrationsamtes oder der Rehabilitationsleistungsträger in die Erwägungen miteinzubeziehen, wenn sie eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers fördern oder erleichtern können.⁸¹

§ 84 Abs. 1 SGB IX fordert vom Arbeitgeber bei Auftreten von personen-, verhaltens- oder betriebsbedingten Schwierigkeiten eines schwerbehinderten Arbeitnehmers das geschilderte Erörterungsverfahren *möglichst frühzeitig* einzuleiten. Damit begründet § 84 Abs.1 SGB IX eine neue Verantwortung des Arbeitgebers. Personen-, verhaltens- oder betriebsbedingte Schwierigkeiten sind vom Arbeitgeber durch die in § 84 Abs. 1 SGB IX normierte Pflicht zur Einleitung eines Präventionsverfahrens nicht erst dann zur Kenntnis zu nehmen, wenn sie bereits derart gravierend sind, dass sie einen Grund für eine ordentliche oder außerordentliche Kündigung bilden, sondern schon bevor sie eine derartige Kündigungsrelevanz erreicht haben. Dem Arbeitgeber wird dadurch aufgegeben, einer sich möglicherweise abzeichnenden negativen Entwicklung hin zur Gefährdung des Arbeitsverhältnisses durch Kündigung präventiv entgegenzuwirken.⁸²

Die Pflicht zur möglichst frühzeitigen Intervention verdeutlicht in besonderem Maße die kündigungspräventive Zwecksetzung des Präventionsverfahrens. Durch die möglichst frühzeitige Einleitung des Präventionsverfahrens soll dem Entstehen von Kündigungsgründen, die den Bestand des Arbeits- oder Beschäftigungsverhältnisses gefährden können, bereits im Ansatz entgegengewirkt werden.⁸³ Übergreifendes Ziel ist dabei nach § 84 Abs. 1 SGB IX, zu einer möglichst dauerhaften Fortsetzung des Ar-

⁸¹ Zu Inhalt und Gegenstand der im Rahmen des Präventionsverfahrens zu erörternden Fragen kann auf die Ausführungen verwiesen werden, die sich auf den Gegenstand der Arbeitgeberpflichten aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX beziehen, vgl. unter: Zweiter Teil, B., I.; zum Inhalt der Erörterungen im Rahmen des Präventionsverfahrens auch *Schimanski*, br 2002, S. 121, (126).

⁸² Diesen Aspekt betont auch *Gagel*, iqpr-Forum B, Diskussionsbeitrag Nr. 19/2009, S. 1, im Internet veröffentlicht unter http://www.iqpr.de/iqpr/seiten/diskussionsforen/forumb/forum-b-de.asp#B000_2010, (letzter Abruf am 15. 10. 2010).

⁸³⁸³ Nach dem ausdrücklichen Gesetzeswortlaut sind alle Möglichkeiten und alle zur Verfügung stehenden Hilfen zur Beratung und mögliche finanzielle Leistungen zu erörtern, mit denen die Schwierigkeiten beseitigt werden können und das Arbeits- oder sonstige Beschäftigungsverhältnis möglichst dauerhaft fortgesetzt werden kann, vgl. § 84 Abs. 1 SGBIX.

beitsverhältnisses des betroffenen schwerbehinderten Arbeitnehmers zu gelangen.⁸⁴

Neben dem Instrument der frühzeitigen Intervention zielt darüberhinaus auch die interaktive Gestaltung des Verfahrens auf die Vermeidung arbeitgeberseitiger Kündigungen. Die obligatorische Einschaltung der betrieblichen Interessenvertretungen und des Integrationsamtes soll gewährleisten, dass zur Bewältigung der Schwierigkeiten verschiedene Sichtweisen zusammengebracht werden. Insbesondere der Sachverstand des Integrationsamtes in Zusammenhang mit der Beschäftigung Schwerbehinderter kann und soll sicherstellen, dass tatsächlich alle in Betracht kommenden Möglichkeiten zum Erhalt des Arbeitsverhältnisses erkannt und ausgeschöpft werden und auch finanzielle Fördermöglichkeiten des Integrationsamtes bzw. der Rehabilitationsleistungsträger bei der Suche nach Konfliktlösungsmöglichkeiten mitberücksichtigt werden. Damit kann die Wahrscheinlichkeit erhöht werden, dass die eingetretenen Schwierigkeiten überwunden und Kündigungen vermieden werden.

2. Die im Rahmen des Präventionsverfahrens zu beteiligenden Stellen

Dem Arbeitgeber hat im Rahmen des Präventionsverfahrens eine aktive Rolle. Das bedeutet, seine Pflicht zur Einschaltung der im Rahmen des Präventionsverfahrens zu beteiligenden Akteure beschränkt sich nicht nur auf betriebsinterne Stellen wie Betriebs- oder Personalrat und Schwerbehindertenvertretung, sondern bezieht sich auch auf die Einschaltung der betriebsexternen Stelle des Integrationsamtes.⁸⁵

⁸⁴ BAG, Urteil vom 4. 10. 2005, DB 2006, S. 902, (904); *Faber*, iqpr-Forum B, Diskussionsbeitrag Nr. 10/2006, S. 1 ff., im Internet veröffentlicht unter http://www.iqpr.de/iqpr/seiten/diskussionsforen/forumb/forum-b-de.asp#B10_2006, (letzter Abruf am 12. 10. 2010); *Kossens/von der Heide/Maaß/Kossens*, SGB IX, § 84 SGB IX, Rn. 1; *Müller-Wenner/Schorn*, SGB IX, Teil 2, § 84, Rn. 1; *Neumann/Pahlen/Majerski-Pahlen/Neumann*, SGB IX, § 84, Rn. 5 ff.; vgl. auch die Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit Schwerbehinderter vom 16. 5. 2000, BT-DS 14/3372, S. 16.

⁸⁵ Die externen Stellen werden also nicht erst durch Vermittlung der Schwerbehindertenvertretung beteiligt, wie dies nach der bis zum 1. 5. 2004 geltenden Regelung des § 84 Abs. 2 SGB IX vorgesehen war, vgl. die Kommentierung zur Regelung des § 84 Abs. 2 SGB IX in der Fassung vom 1. 10. 2000 bei *Bihr/Fuchs/Krauskopf/Lewering/Ritz*, SGB IX, § 84, Rn. 5.

Sind die Schwierigkeiten des Arbeitnehmers spezifisch auf die Behinderung zurückzuführen, bietet es sich darüberhinaus an, auch die Rehabilitationsleistungsträger bzw. deren Servicestellen als Beratungsstellen zu kontaktieren.⁸⁶ Diese Konsultation muss zwar nicht zwingend im Rahmen des Präventionsverfahrens erfolgen, da § 84 Abs. 1 SGB IX die Schwerbehindertenvertretung, die Personalvertretungsorgane und das Integrationsamt *abschließend* aufzählt. Berücksichtigt man aber, dass das Präventionsverfahren auch der Umsetzung der aus § 81 Abs. 4 und Abs. 5 SGB IX folgenden Pflichten dient, erweist sich dieses auch für die Beteiligung der Rehabilitationsleistungsträger bzw. deren Servicestellen als passender Rahmen. Das Präventionsverfahren bietet hier den Vorteil, dass der Arbeitgeber sich vom Integrationsamt über die übrigen Beratungsstellen und Fördermöglichkeiten informieren lassen kann.⁸⁷

Die Einschaltung der betriebsinternen und -externen Stellen muss nicht in einer bestimmten, zeitlichen Reihenfolge erfolgen, sondern möglichst gleichzeitig.⁸⁸

Soweit vereinzelt vertreten wird, der Arbeitgeber habe das Integrationsamt erst nach einem Scheitern betriebsinterner Bemühungen zu konsultieren,⁸⁹ kann dem nicht gefolgt werden. Hiergegen wird zutreffend vorgebracht, dass eine derart abgestufte Einschaltung § 84 Abs. 1 SGB IX zum einen nicht zu entnehmen ist, zum anderen aber auch nicht sinnvoll ist. Außerbetriebliche Leistungsangebote werden regelmäßig auf weniger Akzeptanz stoßen, wenn sie erst nach möglicherweise konfliktreichen und gescheiterten Verhandlungen vorgeschlagen werden.⁹⁰ Zudem geht es dem Präventionsverfahren darum, die aufgetretenen Schwierigkeiten möglichst vollständig zu beseitigen, um das Arbeitsverhältnis dauerhaft störungsfrei fortset-

⁸⁶ Dies folgt daraus, dass bei behinderungsbedingten Schwierigkeiten, die eine Gefahr für das Arbeitsverhältnis des Schwerbehinderten bedeuten können, neben den Förderleistungen des Integrationsamtes vorrangig Förderleistungen der verschiedenen Rehabilitationsleistungsträger in Betracht kommen können; diese können, wie die finanziellen Unterstützungsleistungen des Integrationsamtes dazu beitragen, dass das gefährdete Arbeitsverhältnis erhalten bleibt.

⁸⁷ Dies sieht § 84 Abs. 1 SGB IX ausdrücklich vor; hiernach sind Gegenstand der Erörterung mit dem Integrationsamt auch alle zur Verfügung stehenden Hilfen zur Beratung und mögliche finanzielle Leistungen.

⁸⁸ *Müller-Wenmer/Schorn*, SGB IX, Teil 2, § 84, Rn. 6.

⁸⁹ GK-SGB IX/*Schimanski*, Band 2, § 84 SGB IX, Rn. 70; *Schimanski*, br 2002, S. 121, (126).

⁹⁰ *Hauck/Noftz*, SGB IX, § 84, Rn. 5; *Müller-Wenmer/Schorn*, SGB IX, Teil 2, § 84, Rn. 6.

zen zu können.⁹¹ Eine effiziente Überwindung der im Arbeitsverhältnis aufgetretenen Schwierigkeiten ist aber nur dann zu erwarten, wenn die Frage nach bestehenden Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten von vornherein nicht nur unter betriebsorganisatorischen Gesichtspunkten erörtert wird, sondern auch unter Berücksichtigung arbeitswissenschaftlicher, arbeitspsychologischer und arbeitsschutzrechtlicher Erkenntnisse.

Über derart fachspezifische Erkenntnisse verfügen die betriebsinternen Stellen jedoch regelmäßig nicht.⁹² Selbst die Schwerbehindertenvertretung wird im Normalfall nicht beurteilen können, auf welche Art und Weise ein detailliertes Fähigkeitsprofil eines schwerbehinderten Arbeitnehmers erstellt werden kann und welche technischen Möglichkeiten bestehen, Arbeitsplatz, Arbeitsumfeld oder Arbeitsorganisation behindertengerecht umzugestalten.⁹³

Auch das notwendigerweise in die Erwägungen einzubeziehende Wissen über bestehende Finanzierungsmöglichkeiten durch Rehabilitationsleistungsträger oder Integrationsamt wird den betriebsinternen Stellen fehlen. Die insgesamt notwendige Fachkompetenz besteht in der Regel nur bzw. zumindest qualifizierter beim Integrationsamt und den dort angesiedelten Fachdiensten.⁹⁴ Daher ist es im Interesse einer möglichst effektiven Verwirklichung des Präventionsauftrages geboten, bei Auftreten von Schwierigkeiten unmittelbar das Integrationsamt einzuschalten und nicht erst nach Scheitern betriebsinterner Bemühungen.⁹⁵

⁹¹ *Düwell*, FS Küttner, S. 139, (140, 141); *Müller-Wenner/Schorn*, SGB IX, Teil 2, § 84, Rn. 7.

⁹² So im Ergebnis auch *Schimanski*, br 2002, S. 121, (126).

⁹³ Nach der gesetzlichen Konzeption fungiert die Schwerbehindertenvertretung daher nur als Verbindungsperson zwischen Arbeitgeber und betriebsexternen fachkundigen Stellen; entsprechend hat die Schwerbehindertenvertretung nach § 95 Abs. 1 Nr. 2 SGB IX ein eigenes Antragsrecht, mit dem sie u. a. beim Integrationsamt eine Beratung für die behindertengerechte Gestaltung von Arbeitszeit, Arbeitsumfeld sowie für die behindertengerechte Ausstattung des Arbeitsplatzes mit technischen Hilfsmitteln einholen kann; eingehend *Neumann*, Handbuch SGB IX, § 20, Rn. 82 ff.

⁹⁴ Beispielsweise bestehen bei den Integrationsämtern Ingenieur-Fachdienste, die den Arbeitgeber dabei beraten können, wie Arbeitsplätze in vertretbarer Weise behindertengerecht eingerichtet oder umgestaltet werden können, zur Arbeitsweise dieser technischen Fachdienste vgl. umfassend *Seidel*, br 2002, S. 50, (50 ff.).

⁹⁵ Im Ergebnis so auch *Düwell*, FS Küttner, S. 139, (141).

3. Der Eintritt von Schwierigkeiten als auslösender Tatbestand des Präventionsverfahrens

Nach § 84 Abs. 1 SGB IX wird die Präventionsverpflichtung des Arbeitgebers bei Auftreten personen-, verhaltens- oder betriebsbedingter Schwierigkeiten ausgelöst, die zu einer Gefährdung des Arbeitsverhältnisses führen können.

Mit dieser Formulierung und dem Hinweis, dass die in § 84 Abs. 1 SGB IX genannten Stellen *möglichst frühzeitig* eingeschaltet werden sollen, wird klargestellt, dass die Präventionsverpflichtung in einem der Kündigung vorgelagerten Bereich einsetzen soll. Die Pflicht zur Intervention besteht also nicht erst, wenn die Schwierigkeiten einen solchen Schweregrad erreicht haben, dass eine Kündigung in Betracht gezogen werden kann. Unklar bleibt jedoch, ob die Präventionsverpflichtung darüber hinaus auch dann noch oder sogar wiederholt besteht, wenn die Schwierigkeiten bereits kündigungsrelevant geworden sind, den Arbeitgeber also zum Ausspruch einer Kündigung berechtigen würden.

Nach Ansicht des BAG können Schwierigkeiten im Sinne des § 84 Abs. 1 SGB IX nur dann angenommen werden, wenn es sich um Unzuträglichkeiten handelt, die noch nicht den Charakter von Kündigungsgründen aufweisen.⁹⁶ Nach dem SGB IX seien die präventiven Maßnahmen darauf ausgerichtet, eine Gefährdung des Arbeitsverhältnisses zu verhindern, also der Gefährdung und damit dem Entstehen von Kündigungsgründen zuvorzukommen. Sei das Arbeitsverhältnis bereits *kündigungsreif*, Kündigungsgründe also schon entstanden, könne von einer das Arbeitsverhältnis bedrohenden Gefährdung nicht mehr ausgegangen werden. Prävention könne es in dieser Lage nicht mehr geben.⁹⁷

Dem BAG ist darin zuzustimmen, dass es dem Präventionsverfahren darum geht, eine Gefährdung des Arbeitsverhältnisses zu verhindern und dem Entstehen eines Kündigungsgrundes vorzubeugen. Dies berechtigt aber nicht zu der Annahme, dass nach Eintritt eines Kündigungsgrundes das

⁹⁶ BAG, Urteil vom 7. 12. 2006, DB 2007, S. 1089, (1091); dem zustimmend *Kayser*, br 2008, S. 65, (65 ff.); *Powietzka*, BB 2007, S. 2118, (2119).

⁹⁷ BAG, Urteil vom 7. 12. 2006, a.a.O. (Fn. 96); dem BAG folgend ArbG Essen, Urteil vom 15. 5. 2007, 2 Ca 4309/06, veröffentlicht bei Juris; a.A. *Dau/Düwell/Haines/Düwell*, Sozialgesetzbuch IX, § 84, Rn. 15 ff.; *Gagel*, iqpr-Forum B, Diskussionsbeitrag Nr. 18/2007, S. 5, im Internet veröffentlicht unter http://www.iqpr.de/iqpr/seiten/diskussionsforen/forumb/forum-b-de.asp#B18_2007, (letzter Abruf am 12. 10. 2010).

Präventionsverfahrens gegenstandslos wird und eine Gefährdung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr besteht.

Das Präventionsverfahren soll *insbesondere* im Frühstadium einer Gefährdung des Arbeitsverhältnisses einsetzen, aber eben *nicht nur* in diesem Frühstadium, sondern auch in einer Phase, in der sich die Schwierigkeiten bereits zu einem Kündigungsgrund konkretisiert haben. Denn dann besteht nach wie vor eine Gefährdung für das Arbeitsverhältnis.⁹⁸ Diese ist allenfalls dringlicher als im Frühstadium der aufkommenden Schwierigkeiten, da der Ausspruch einer Kündigung nunmehr nur noch von der Entscheidung des Arbeitgebers abhängt. Der Erhalt des Arbeitsverhältnisses, auf den das Präventionsverfahren letztlich ausgerichtet ist, kann hier aber immer noch erreicht werden, weil man nicht davon ausgehen kann, dass der Arbeitgeber alle denkbaren Kündigungsalternativen, insbesondere unter Berücksichtigung der möglichen Hilfsangebote des Integrationsamtes, in seine Erwägungen miteinbezogen hat.

Entgegen der Ansicht des BAG ist die Durchführung eines Präventionsverfahrens also auch nach Entstehen von Kündigungsgründen nicht gegenstandslos.⁹⁹ Hierfür spricht auch der Wortlaut des § 84 Abs. 1 SGB IX, der durch die Wortwahl *möglichst frühzeitig* sicherstellen will, dass die Prävention in einem möglichst frühen Stadium der auftretenden Schwierigkeiten einsetzt. Umgekehrt schließt der Wortlaut aber auch nicht aus, dass nach Eintritt von *Kündigungsreife* dieser Schwierigkeiten ein Präventionsverfahren durchgeführt werden kann.¹⁰⁰

Schwierigkeiten im Arbeitsverhältnis des schwerbehinderten Arbeitnehmers, die zu einer Gefährdung des Arbeitsverhältnisses führen können, sind danach entgegen der Ansicht des BAG auch dann noch anzunehmen, wenn sie sich bereits zu einem Kündigungsgrund verdichtet haben.

⁹⁸ Ähnlich *Gagel*, a.a.O. (Fn. 97).

⁹⁹ Führt der Arbeitgeber nach Verdichtung der Schwierigkeiten zu einem Kündigungsgrund ein Präventionsverfahren durch, dient dies auch dem Zweck, Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten zu finden, die der Arbeitgeber ohne fachlichen Rat vielleicht nicht in Betracht gezogen hätte; die Frage, ob dem Arbeitgeber auch vor Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung, selbst in besonders schwerwiegenden Fällen, die Durchführung eines Präventionsverfahrens mit dem genannten Zweck zugemutet werden kann, ist unabhängig von der Auslegung des Begriffes *Schwierigkeiten* zu beantworten, insoweit ist auf die nachfolgenden Ausführungen zu verweisen, vgl. unter: Zweiter Teil, C., IV., 3., b.

¹⁰⁰ Ähnlich *Brose*, die davon ausgeht, dass der Gesetzgeber im Rahmen des § 84 Abs. 1 SGB IX keinen genauen Zeitraum vorgibt, vgl. *Brose*, RdA 2006, S. 149, (152).

4. Zwischenergebnis

Das Verfahren nach § 84 Abs. 1 SGB IX verfolgt zur Prävention arbeitgeberseitiger Kündigungen einen zweistufigen Ansatz. Hierdurch unterscheidet sich das Präventionsverfahren wesentlich von den sonstigen, dem Auspruch einer Kündigung vorgeschalteten Beteiligungsverfahren nach § 102 BetrVG und § 95 Abs. 2 Satz 1 SGB I. Zum einen verlagert das Präventionsverfahren die Verantwortung des Arbeitgebers in einen, der konkreten kündigungsbedingten Gefährdung des Arbeitsverhältnisses vorgelagerten Bereich. Das Präventionsverfahren verlangt vom Arbeitgeber eine möglichst frühzeitige Intervention, mit dem Ziel zu verhindern, dass sich personen-, verhaltens- oder betriebsbedingte Schwierigkeiten zu Kündigungsgründen verdichten. Zum anderen begründet es eine Pflicht des Arbeitgebers zur Konsultation betriebsinternen und betriebsexternen Sachverständigen. Dies soll gewährleisten, dass zur Überwindung von Schwierigkeiten eines schwerbehinderten Arbeitnehmers verschiedene Sichtweisen zusammengebracht werden und damit alle bestehenden Möglichkeiten zur Kündigungsprävention genutzt werden.

III. Gegenstand und auslösender Tatbestand des BEM

1. Gegenstand des BEM

§ 84 Abs. 2 SGB IX, in dem das BEM geregelt ist, wurde ab 1. Juli 2001 in das Schwerbehindertenrecht eingefügt und zum 1. Mai 2004 neu gefasst.¹⁰¹ Nach § 84 Abs. 2 SGB IX klärt der Arbeitgeber bei einer länger als sechs Wochen bestehenden Arbeitsunfähigkeit eines Beschäftigten mit den betrieblichen Interessenvertretungen nach § 93 BetrVG und – bei schwerbehinderten Menschen – außerdem mit der Schwerbehindertenvertretung, wie die Arbeitsfähigkeit des betroffenen Arbeitnehmers wiederhergestellt, eine erneute Arbeitsunfähigkeit verhindert und der Arbeitsplatz erhalten werden kann.¹⁰²

¹⁰¹ Grundlage der Gesetzesnovellierung war das Gesetz zur Förderung der Ausbildung und Beschäftigung schwerbehinderter Menschen vom 23. 4. 2004, vgl. *Brose*, DB 2005, S. 390, (390).

¹⁰² Vgl. § 84 Abs. 2 SGB IX in der Fassung vom 1. 5. 2004; die Vorgängerregelung, die zum 1. 7. 2001 in Kraft getreten ist, verlangte eine entsprechende Initiative des Arbeitgebers erst nach einer länger als dreimonatigen Arbeitsunfähigkeit, vgl. zur Vorgängerregelung die Kommentierung bei *Müller-Wenner/Schorn*, SGB IX, Teil 2, § 84, Rn. 1 ff.

Neben § 84 Abs. 1 SGB IX wird der Arbeitgeber damit jedenfalls bei schwerbehinderten Arbeitnehmern zur Durchführung eines weiteren Beratungsverfahrens mit den betriebsinternen Interessenvertretungen verpflichtet.¹⁰³

Die Frage, ob ein BEM daneben auch bei einfachbehinderten oder sogar nur erkrankten Arbeitnehmern durchzuführen ist, kann hier offen bleiben.¹⁰⁴ Denn Gegenstand der Arbeit ist allein die Frage, auf welche Weise und wie effektiv kündigungspräventive Vorschriften wie § 84 SGB IX schwerbehinderte Arbeitnehmer vor dem Verlust des Arbeitsplatzes durch Kündigung schützen können. Ob eine kündigungspräventive Wirkung auch für einfachbehinderte bzw. nur erkrankte Arbeitnehmer eintreten kann, weil § 84 Abs. 2 SGB IX auch bei diesen Arbeitnehmern anzuwenden ist, braucht daher nicht beantwortet zu werden.

Im Unterschied zum Präventionsverfahren ist der Arbeitgeber bei der Einleitung und Durchführung eines BEM auf die Zustimmung des Arbeitnehmers angewiesen.¹⁰⁵ Er muss sich vor Einleitung des Klärungsprozesses an den betroffenen Arbeitnehmer wenden und diesen über die beabsichtigten Maßnahmen und Verfahrensschritte informieren, bevor er sich zur weiteren Klärung an die betriebsinternen Interessenvertretungen wendet.¹⁰⁶ Neben der Zustimmung bedarf es zudem der Mitwirkung des Arbeitnehmers, was sich aus dem Gegenstand des Klärungsverfahrens ergibt.¹⁰⁷ Denn im Rahmen des BEM geht es zunächst

¹⁰³ Auf das Verhältnis zwischen Präventionsverfahren und BEM wird noch eingegangen, vgl. die nachfolgenden Ausführungen unter: Zweiter Teil, C., III., 5.; Bei Fehlen betrieblicher Interessenvertretungen ist das BEM ebenfalls durchzuführen, vgl. hierzu BAG, Urteil vom 30. 9. 2010, 2 AZR 88/09, veröffentlicht bei Juris.

¹⁰⁴ Dies bejahend: LAG Niedersachsen, Urteil vom 25. 10. 2006, BB 2007, S. 719, (721, 722); *Schlewing*, ZfA 2005, S. 485, (492 ff.).

¹⁰⁵ Dies sieht § 84 Abs. 2 SGB IX ausdrücklich vor; begründet wird das Erfordernis der Zustimmung des Arbeitnehmers gemeinhin mit dem Persönlichkeitsschutz des Betroffenen, sowie mit dem Selbstbestimmungsrecht schwerbehinderter Menschen, das diese frei von fürsorgereichen, aber von ihnen nicht gewünschten Maßnahmen machen soll, vgl. *Britschgi*, AiB 2005, S. 284, (284); *Gagel*, NZA 2004, S. 1359, (1360 ff.); GK-SGB IX/*Schimanski*, Band 2, § 84, Rn. 73 a ff.; *Kossens/von der Heide/Maas/Kossens*, SGB IX, § 84, Rn. 20.

¹⁰⁶ So auch *Düwell*, FS Küttner, S. 139, (148); *Zorn*, br 2006, S. 42, (43); Teil dieser Informationspflicht ist auch, über Art und Umfang der für das BEM zu erheben und zu verwendenden Daten aufzuklären, vgl. § 84 Abs. 2 Satz 3 SGB IX.

¹⁰⁷ Gegenstand und Ablauf des Klärungsprozesses sind gesetzlich nicht vorgeschrieben; aus der Zielsetzung des Verfahrens, Möglichkeiten zu klären, wie eine bereits

darum, den Ursachen der Arbeitsunfähigkeit auf den Grund zu gehen. Nur wenn feststeht, worauf die Arbeitsunfähigkeit beruht, kann nach Möglichkeiten gesucht werden, diese zu überwinden und erneuter Arbeitsunfähigkeit vorzubeugen.¹⁰⁸ Ohne die Bereitschaft des Arbeitnehmers, notwendige Auskünfte zu erteilen, beispielsweise über die Art seiner Erkrankung oder über gesundheitsbeeinträchtigende Einflüsse bei der Arbeit, kann ein BEM nicht erfolgreich durchgeführt werden.¹⁰⁹ Um den Arbeitnehmer entsprechend einzubinden, hat der Arbeitgeber diesen daher bei allen Erörterungen zu beteiligen.¹¹⁰

Nach Feststellung der Ursachen der Arbeitsunfähigkeit sind im Rahmen des BEM, ähnlich wie beim Präventionsverfahren, die Möglichkeiten zu erörtern, wie die Arbeitsunfähigkeit möglichst überwunden und einem erneuten Ausfall des Arbeitnehmers im Betrieb entgegengewirkt werden kann.

Gegenstand der Erörterungen können zum einen arbeitsplatzbezogene Maßnahmen sein, die darauf ausgerichtet sind, die Arbeitsbedingungen den individuellen Fähigkeiten des betroffenen Arbeitnehmers besser anzupassen. Wie im Rahmen des Präventionsverfahrens gilt es auch hier, dabei die Pflichten des Arbeitgebers zur behinderten- und fähigkeitsgerechten Gestaltung der Arbeitsbedingungen aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX umzusetzen, sofern dies noch nicht hinreichend geschehen ist.¹¹¹ Zum anderen sind arbeitnehmerbezogenen Qualifizierungsmaßnahmen zu erwägen, um gegebene

eingetretene Arbeitsunfähigkeit überwunden und erneuter Arbeitsunfähigkeit vorgebeugt werden kann, ergibt sich jedoch der hier dargestellte Gegenstand und der Ablauf des Verfahrens.

¹⁰⁸ So auch *Düwell*, FS Küttner, S. 139, (148); *Seel*, br 2006, S. 30, (32 ff.).

¹⁰⁹ So auch *Seel*, a.a.O. (Fn. 108); *Zorn*, br 2006, S. 42, (43); allerdings kann es schwierig sein, den Arbeitnehmer zur Mitwirkung zu bewegen; erteilt der Arbeitnehmer die für das BEM notwendigen Auskünfte, beispielsweise über Krankheitsursachen und -verlauf, verschafft er dem Arbeitgeber Informationen, die in einem Kündigungsschutzprozess die notwendige negative Gesundheitsprognose erleichtern können; zu diesem Aspekt auch *Britschgi*, AiB 2005, S. 284, (286); als mögliche Lösung bietet sich an, die Gespräche im Rahmen des BEM nur auf die Auswirkungen der Erkrankung auf die Arbeitstätigkeit bzw. auf mögliche betriebliche Einflüsse zu beziehen, nicht aber auf die Art der Erkrankung und sonstige Umstände, die eine negative Gesundheitsprognose begründen können.

¹¹⁰ Vgl. §84 Abs. 2 Satz 1 SGB IX.

¹¹¹ Welche Maßnahmen für eine behinderten- und fähigkeitsgerechte Beschäftigung im Einzelnen getroffen werden können, kann den Ausführungen zum Inhalt der Pflichten aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX entnommen werden, vgl. unter: Zweiter Teil, B., I.

nenfalls eine Beschäftigung auf einem anderen Arbeitsplatz zu ermöglichen.

Zur Feststellung der Arbeitsfähigkeit bzw. der persönlichen und fachlichen Eignung bieten sich rehabilitative Maßnahmen wie die stufenweise Wiedereingliederung nach § 28 SGB IX oder die Belastungserprobung nach § 26 Abs. 2 Nr. 7 SGB IX an.

Daneben gibt es noch andere, Maßnahmen der medizinischen und beruflichen Rehabilitation sowie Leistungen des Integrationsamtes aus der begleitenden Hilfe zum Arbeitsleben nach § 102 SGB IX, die darauf ausgerichtet sind, die Erwerbsfähigkeit eines gesundheitlich beeinträchtigten Arbeitnehmers positiv zu beeinflussen. Schließlich sind auch finanzielle Fördermöglichkeiten des Arbeitgebers zu berücksichtigen, die die Beschäftigung leistungsgewandelter Arbeitnehmer erleichtern können.¹¹²

Welche Möglichkeiten im Einzelnen insbesondere nach dem sozialen Rehabilitationsrecht bestehen, die im Rahmen des BEM erörtert werden können, soll hier nicht weiter ausgeführt werden. Entscheidend ist es, die Funktion des BEM hervorzuheben. Dieses soll gewährleisten, dass bei der Arbeitsunfähigkeit von Arbeitnehmern schon frühzeitig alle Möglichkeiten ausgeschöpft werden, um diese zu überwinden und die uneingeschränkte Erwerbsfähigkeit wiederherzustellen. Dabei geht es beim BEM, wie beim Präventionsverfahren, insbesondere auch um die Einbindung aller möglichen Rehabilitationsleistungen und damit um eine effektive Vernetzung von Arbeits- und sozialem Rehabilitationsrecht.¹¹³

2. Die im Rahmen des BEM zu beteiligenden Stellen

Wie eingangs erwähnt, sieht das BEM nach Einholung der Zustimmung des betroffenen Arbeitnehmers ein Klärungsverfahren zwischen dem Arbeitgeber und den innerbetrieblichen Interessenvertretungen unter Beteiligung des Arbeitnehmers vor. Wenn nötig ist der Werks- oder Betriebsarzt hinzu-

¹¹² Die Fördermöglichkeiten des Arbeitgebers ergeben sich bei einfachbehinderten oder nicht behinderten Arbeitnehmern aus § 34 SGB IX, bei schwerbehinderten Arbeitnehmern zudem aus § 102 SGB IX.

¹¹³ Dies ergibt sich aus § 84 Abs. 2 Satz 4 SGB IX, der bestimmt, dass auch über Leistungen zur Teilhabe, also gemäß §§ 4, 5 SGB IX unter anderem über Leistungen der medizinischen und beruflichen Rehabilitation, sowie über Leistungen aus der begleitenden Hilfe im Arbeitsleben nachgedacht werden muss; anders noch § 84 Abs. 1 SGB IX, der nur allgemein von *allen Möglichkeiten* zur Beseitigung der Schwierigkeiten spricht.

zuziehen.¹¹⁴ Erst in einem weiteren Schritt sollen nach der gesetzlichen Konzeption die örtlichen Servicestellen in ihrer Funktion als Beratungsstellen der Rehabilitationsleistungsträger sowie das Integrationsamt hinzugezogen werden. Eine Einschaltung von Integrationsamt und örtlicher Servicestellen soll aber nur dann erfolgen, wenn die Erörterungen mit Betriebsrat bzw. Schwerbehindertenvertretung ergeben haben, dass Sozialleistungen dieser Stellen helfen könnten, die Arbeitsunfähigkeit des betroffenen Arbeitnehmers zu überwinden.¹¹⁵

Trotz dieser vom Gesetz vorgesehenen abgestuften Vorgehensweise sollte der Arbeitgeber nach einem ersten Gespräch mit den Betriebsparteien unter Beteiligung des Arbeitnehmers unmittelbar Servicestelle und Integrationsamt einschalten. Denn dem Arbeitgeber und den betrieblichen Interessenvertretungen wird regelmäßig das Wissen fehlen, ob und welche Leistungen dieser externen Stellen in der jeweiligen Situation weiterhelfen können. Daher liegt es im Interesse einer schnellen und effektiven Wiederherstellung der Erwerbsfähigkeit, alle in § 84 Abs. 2 SGB IX genannten Parteien möglichst gleichzeitig in das BEM einzubeziehen.

3. Auslösender Tatbestand des BEM

a. Sechs Wochen bestehende Arbeitsunfähigkeit

Die initiative Pflicht des Arbeitgebers, ein BEM einzuleiten, entsteht, wenn Beschäftigte innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig sind.¹¹⁶

Von einer Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers ist auszugehen, wenn dieser krankheits- oder behinderungsbedingt nicht in der Lage ist, die ar-

¹¹⁴ Vgl. § 84 Abs. 2 Satz 2 SGB IX.

¹¹⁵ Dies ergibt sich aus der in § 84 Abs. 2 Satz 4 SGB IX gewählten Formulierung („(...) *Kommen Leistungen zur Teilhabe oder begleitende Hilfen im Arbeitsleben in Betracht, werden vom Arbeitgeber die örtlichen gemeinsamen Servicestellen oder (...) das Integrationsamt hinzugezogen (...)*“); diese Formulierung indiziert, dass der Arbeitgeber die betriebsexternen Stellen erst und nur dann einschalten muss, wenn die innerbetrieblichen Parteien es nach betriebsinterner Erörterung für möglich halten, dass Leistungsangebote dieser Stellen ggf. helfen können; in diesem Sinne auch *Gagel*, NZA 2004, S. 1359, (1361); *Namendorf/Natzel*, DB 2005, S. 1794, (1796).

¹¹⁶ § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB IX.

beitsvertraglich geschuldete Tätigkeit zu verrichten und es daher zu Fehlzeiten im Betrieb kommt.¹¹⁷

Die Zeiten der Arbeitsunfähigkeit müssen eine Dauer von sechs Wochen überschritten haben. Unerheblich ist, ob der Arbeitnehmer ohne Unterbrechung arbeitsunfähig gewesen ist oder ob sich kurzzeitige Ausfälle derart gehäuft haben, dass sich über den Zeitraum der vergangenen zwölf Monate eine über sechs Wochen andauernde Arbeitsunfähigkeit feststellen lässt.¹¹⁸

Der für diese Feststellung maßgebliche Bezugspunkt ist dabei nicht das jeweilige Kalenderjahr, sondern das nach jeweiliger Arbeitsunfähigkeit zurückliegende Jahr der Beschäftigung. Ansonsten könnten Arbeitsunfähigkeitszeiten über den Jahreswechsel nicht zutreffend bewertet werden.¹¹⁹ Bei jeder Arbeitsunfähigkeit gilt es daher zu prüfen, ob der Arbeitnehmer in den vergangenen zwölf Monaten bereits über sechs Wochen arbeitsunfähig gewesen ist oder ob mit der gegenwärtigen Arbeitsunfähigkeit diese Grenze überschritten wird.

Nach dem ausdrücklichen Wortlaut des § 84 Abs. 2 SGB IX besteht die Pflicht zur Durchführung eines BEM nicht bei krankheits- oder behinderungsbedingten Beeinträchtigungen, die nur in einem Leistungsabfall zum Ausdruck kommen, aber nicht zu Fehlzeiten geführt haben. Insoweit ist der Anwendungsbereich des § 84 Abs. 2 SGB IX mit der Novellierung zum 1. Mai 2005 im Verhältnis zur Vorgängerregelung begrenzt worden. Letztere stellte noch alternativ auf die Arbeitsunfähigkeit *und* die Gefährdung des Arbeitsverhältnisses aus sonstigen gesundheitlichen Gründen ab.

Soweit abweichend von Teilen der Literatur eine Pflicht zur Durchführung des BEM auch bei einer krankheitsbedingten Verminderung der Leistungs-

¹¹⁷ So auch *Gagel/Schian*, br 2006, S. 46, (47) und GK-SGB IX/*Schimanski*, Band 2, § 84, Rn. 77, nur in Bezug auf die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit.

¹¹⁸ So der ausdrückliche Wortlaut des § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB IX; auf die genaue Berechnung dieser *sechs-Wochen-Frist* soll hier nicht näher eingegangen werden, auch nicht auf die damit zusammenhängende Frage, ob nur solche Tage mit in die Berechnung einzubeziehen sind, für die eine ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung besteht, oder auch sonstige Fehlzeiten, beispielsweise an arbeitsfreien Tagen oder bei nur 2-tägiger Erkrankung, vgl. hierzu umfassend *Gagel/Schian*, br 2006, S. 46, (46 ff.); *Hillmann/Gagel*, iqpr-Forum B, Diskussionsbeitrag Nr. 1/2009, S. 1 ff., veröffentlicht im Internet unter http://www.iqpr.de/iqpr/seiten/diskussionsforen/forumb/forum-b-de.asp#B1_2009, (letzter Abruf am 12. 10. 2010).

¹¹⁹ *Balders/Lepping*, NZA 2005, S. 854, (854); *Welti*, NZS 2006, S. 623, (625).

fähigkeit befürwortet wird,¹²⁰ ist diese Meinung abzulehnen. Zwar droht schwerbehinderten Arbeitnehmern häufig auch bei Einschränkungen der Leistungsfähigkeit und damit einhergehenden Minderleistungen eine krankheitsbedingte Kündigung,¹²¹ deren Ausspruch das BEM gerade zu vermeiden sucht. Eine Ausdehnung des Anwendungsbereiches des § 84 Abs. 2 SGB IX auf den Fall krankheits- oder behinderungsbedingter Minderleistungen würde jedoch zu Rechtsunsicherheiten führen. Im Gegensatz zu Arbeitsunfähigkeitszeiten kann bei Minderleistungen nur schwerlich ein klarer Maßstab festgelegt werden, nach dem sich ein eindeutiger Interventionszeitpunkt für den Arbeitgeber bestimmen ließe. Denn nicht jede über einen gewissen Zeitraum andauernde Minderleistung berechtigt schon zur Kündigung. Vielmehr muss die Minderleistung in qualitativer oder quantitativer Hinsicht erheblich sein, was sich nicht einfach dadurch begründen lässt, dass diese Minderleistung bereits länger als sechs Wochen angedauert hat.¹²² Der auslösende Tatbestand für ein BEM lässt sich bei Minderleistungen des Arbeitnehmers also nicht so eindeutig und unmissverständlich festlegen wie bei Arbeitsunfähigkeitszeiten.

Zudem ergibt sich aus der Einschränkung des Anwendungsbereiches auch kein geringeres Schutzniveau für schwerbehinderte Arbeitnehmer. Denn bei behinderungs- oder krankheitsbedingten Leistungsabfällen eines schwerbehinderten Arbeitnehmers ist der Arbeitgeber zur Durchführung eines Präventionsverfahrens verpflichtet. In dessen Rahmen ist gleichermaßen zu erörtern, wie durch Anpassung des Arbeitsplatzes bzw. der Arbeitsorganisation oder durch sonstige Maßnahmen die durch die Minderleistung eingetretene Beeinträchtigung des Arbeitsverhältnisses überwunden und eine kündigungsrelevante Gefährdung des Arbeitsverhältnisses vermieden werden kann.

Eine Ausdehnung des Anwendungsbereiches des § 84 Abs. 2 SGB IX auf behinderungsbedingte Minderleistungen ist daher nicht geboten.

¹²⁰ So wohl Neumann/Pahlen/Majerski-Pahlen/Neumann, SGB IX, § 84, Rn. 12 und GK-SGB IX/Schimanski, Band 2, § 84, Rn. 80.

¹²¹ Müller-Wenner/Schorn, SGB IX, Teil 2, § 84, Rn. 12; Schimanski, br 2002, S. 121, (126).

¹²² Vgl. KR/Griebeling, § 1 KSchG, Rn. 379 ff., Rn. 384 ff.; v. Hoyningen-Huene/Linck, KSchG, § 1, Rn. 410, Rn. 421 ff.

b. Ursache der Arbeitsunfähigkeit

Die Pflicht zur Durchführung eines BEM besteht nicht nur dann, wenn die Arbeitsunfähigkeit stets auf dieselbe Ursache zurückzuführen ist. Auch bei unterschiedlichen Ursachen der Arbeitsunfähigkeit, die insgesamt sechs Wochen überschreitet, ist der Klärungsprozess nach § 84 Abs. 2 SGB IX einzuleiten.¹²³

Zudem ist die Interventionspflicht nach § 84 Abs. 2 SGB IX auch nicht davon abhängig, ob ein Zusammenhang zwischen der Arbeitsunfähigkeit und den Arbeitsbedingungen besteht.¹²⁴ Bei schwerbehinderten Arbeitnehmern ist ferner unerheblich, ob die Arbeitsunfähigkeit ihre Ursache in der Behinderung gehabt hat. Dem Wortlaut des § 84 Abs. 2 SGB IX kann keine Differenzierung entnommen werden, wonach ein BEM nur dann einzuleiten ist, wenn die Arbeitsunfähigkeit auf derselben Ursache bzw. auf den Arbeitsbedingungen oder der Behinderung des betroffenen Arbeitnehmers beruht.

Auch der Sinn und Zweck des BEM erfordert keine entsprechende, teleologische Reduktion des § 84 Abs. 2 SGB IX. Denn im Rahmen des BEM soll gerade festgestellt werden, welche Ursachen die häufige Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers hat.¹²⁵ Ziel hierbei ist es gerade herauszufinden, ob ein Tatbestand gegeben ist, der Anlass zur Intervention gibt, weil die häufige Arbeitsunfähigkeit eine Entwicklung indiziert, die für den Arbeitnehmer in einer den Arbeitsplatz bedrohenden Lage münden kann.¹²⁶

Zudem ist es auch aus praktischen Erwägungen gerechtfertigt, dass der Arbeitgeber ein BEM unabhängig von der Ursache der Arbeitsunfähigkeit einleiten muss. Der Arbeitgeber hat vorprozessual keinen Anspruch gegenüber dem Arbeitnehmer, über die Ursachen der Arbeitsunfähigkeit aufge-

¹²³ So auch Kossens/von der Heide/Maaß/Kossens, SGB IX, § 84, Rn. 17; Neumann/Pahlen/Majerski-Pahlen/Neumann, SGB IX, § 84, Rn. 11; Zorn, br 2006, S. 42, (42); a.A. Balders/Lepping, NZA 2005, S. 854, (855) und Lachwitz/Schellhorn/Welti, HK-SGB IX, § 84, Rn. 20, die meinen, die Arbeitsunfähigkeit müsse auf dieselbe Ursache oder zumindest auf medizinisch gesehen verwandte Ursachen zurückzuführen sein.

¹²⁴ So aber LAG Niedersachsen, Urteil vom 2. 2. 2009, 6 Sa 62/09, veröffentlicht bei Juris.

¹²⁵ BAG, Urteil vom 10. 12. 2009, 2 AZR 400/08, veröffentlicht bei Juris.

¹²⁶ In diesem Sinne auch Welti, NZS 2006, S. 623, (625).

klärt zu werden.¹²⁷ Er wird daher ohne Mitwirkung des Arbeitnehmers kaum feststellen können, ob die Arbeitsunfähigkeit dieselbe Ursache hatte bzw. arbeitsplatz- oder behinderungsbedingt gewesen ist.

Selbst bei einer entsprechenden Aufklärung des Arbeitnehmers ist ohne medizinisch-psychologischen Sachverstand schwer zu beurteilen, ob dem ersten Anschein nach unterschiedliche Erkrankungen bzw. Beeinträchtigungen nicht auf dieselbe Ursache zurückzuführen sind bzw. mit den Arbeitsbedingungen und/oder der Behinderung des Arbeitnehmers im Zusammenhang stehen.¹²⁸ Dies gilt es erst im Rahmen des BEM gegebenenfalls unter Mithilfe des Betriebsarztes und des Sachverstandes von Integrationsamt bzw. Rehabilitationsleistungsträgern festzustellen.¹²⁹

Zeigt sich im Rahmen des BEM, dass die Arbeitsunfähigkeitszeiten in keinem Zusammenhang stehen und nicht einheitlich auf die Behinderung des Arbeitnehmers oder die Arbeitsbedingungen zurückzuführen sind, ist eine weitere Intervention der Parteien dann in der Regel als entbehrlich anzusehen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die festgestellten, zusammenhangslosen Arbeitsunfähigkeitszeiten keine Gefahr dahingehend begründen, dass die gesundheitlichen Beeinträchtigungen zu kündigungsrelevanten Fehlzeiten in der Zukunft führen werden.

4. Zwischenergebnis

Wie das Präventionsverfahren setzt auch das BEM auf die Kooperation der betrieblichen und außerbetrieblichen Akteure. Dies soll gewährleisten, dass zur Überwindung einer Arbeitsunfähigkeit alle denkbaren Hilfsmöglichkeiten ausgeschöpft werden.

¹²⁷ Vgl. BAG, Urteil vom 25. 11. 1982, BB 1983, S. 899, (899); *Preis/Greiner*, Anmerkung zum Urteil des BAG vom 12. 4. 2002, SAE 2004, S. 7, (13 ff.); v. *Hoyningen-Huene/Linck*, KSchG, § 1, Rn. 353.

¹²⁸ So können beispielsweise eine Überbelastung und Streß am Arbeitsplatz ganz unterschiedliche Erkrankungen zur Folge haben, vgl. hierzu *Heilmann/Hage*, FS Däubler, S. 666, (671, 673 ff.).

¹²⁹ Aus den hier genannten Gründen ist die Ansicht von *Balders/Lepping* abzulehnen, nach der ein BEM nur bei einer Arbeitsunfähigkeit einzuleiten ist, die auf dieselbe oder verwandte Ursachen zurückzuführen ist, vgl. *Balders/Lepping*, NZA 2005, S. 854, (855); allerdings trifft es zu, wie *Balders/Lepping* bemerken, dass Hilfeleistungen zur Überwindung von Arbeitsunfähigkeit effektiv wohl nur dann eingesetzt werden können, wenn die Arbeitsunfähigkeit zumindest auf verwandte Ursachen zurückzuführen ist; das gilt es aber erst im Rahmen des BEM herauszufinden und nicht vor Einleitung des Verfahrens.

Eine weitere Gemeinsamkeit in der gesetzlichen Konzeption von Präventionsverfahren und BEM besteht darin, dass auch das BEM das Mittel der möglichst frühzeitigen Intervention nutzt. Der Arbeitgeber wird verpflichtet, nicht erst dann ein BEM einzuleiten, wenn die Arbeitsunfähigkeitszeiten bereits einen Kündigungsgrund darstellen, sondern schon nach sechs Wochen. Die Pflicht zur Intervention besteht also bereits zu einem Zeitpunkt, in dem die Entstehung kündigungsrelevanter Schwierigkeiten in Form von Arbeitsunfähigkeitszeiten noch aufgehalten werden kann. Damit konkretisiert § 84 Abs. 2 SGB IX den Interventionszeitpunkt des § 84 Abs. 1 SGB IX und verschiebt ihn in einen dem Eintritt kündigungsrelevanter Schwierigkeiten häufig noch vorgelagerten Bereich.

Übergreifendes Ziel des BEM ist es, den Arbeitsplatz des schwerbehinderten Arbeitnehmers zu erhalten. Damit dient das BEM auch der Vermeidung arbeitgeberseitiger Kündigungen wegen krankheits- bzw. behinderungsbedingter Arbeitsunfähigkeit, was im Verlauf der Arbeit noch eingehend dargelegt wird.¹³⁰

5. Verhältnis des BEM zum Präventionsverfahren

Die dargestellten Gemeinsamkeiten von BEM und Präventionsverfahren werfen die Frage auf, in welchem Verhältnis die beiden Verfahren zueinander stehen.

Hier könnte man vertreten, dass nach erfolglosem BEM in der Anfangsphase der sechs-wöchigen Arbeitsunfähigkeit gleichwohl noch ein Präventionsverfahren vor Ausspruch einer krankheitsbedingten Kündigung durchgeführt werden muss, also eine Art Stufenverhältnis zwischen Präventionsverfahren und BEM besteht: Danach würde § 84 Abs. 2 SGB IX in einem früheren Stadium eingreifen, in dem noch keine kündigungsbedingte Gefährdung für das Arbeitsverhältnis besteht, § 84 Abs. 1 SGB IX dagegen dann, wenn sich die Arbeitsunfähigkeit zu einem echten kündigungsrelevanten Problem entwickelt hat.

Ein solches Stufenverhältnis kann jedoch dem Wortlaut des § 84 SGB IX nicht entnommen werden. § 84 Abs. 1 SGB IX knüpft an Schwierigkeiten, die zu einer Gefährdung des Arbeitsverhältnisses führen können, und verlangt eine möglichst frühzeitige Intervention. Es ist aber nicht ausgeschlossen, dass bereits nach sechswöchiger Arbeitsunfähigkeit eine Gefährdung

¹³⁰ Vgl. hierzu die Ausführungen unter: Zweiter Teil, C., IV, 1., a.

des Arbeitsverhältnisses im Sinne des § 84 Abs. 1 SGB IX besteht bzw. sich eine solche abzeichnet, wenn bereits zu diesem frühen Zeitpunkt absehbar ist, dass die Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers zu einem Kündigungsgrund werden kann.¹³¹ Umgekehrt lässt sich dem Wortlaut des § 84 Abs. 2 SGB IX nicht entnehmen, dass der Arbeitgeber bei einer wiederholten Arbeitsunfähigkeit, die zu einer kündigungsrelevanten Gefährdung im Sinne des § 84 Abs. 1 SGB IX geworden ist, kein BEM mehr durchzuführen braucht. § 84 Abs. 2 SGB IX verlangt ein Tätigwerden des Arbeitgebers nach einer sechs Wochen überdauernden Arbeitsunfähigkeit, enthält aber keinen Hinweis darauf, dass nach längerer Arbeitsunfähigkeit keine Intervention mehr erfolgen soll.¹³²

Die hier vertretene Ansicht wird auch durch folgende Erwägung gestützt: Wenn der Arbeitgeber schon bei einer länger als sechs Wochen dauernden Arbeitsunfähigkeit verpflichtet ist, ein BEM einzuleiten, dann erst Recht, wenn die Arbeitsunfähigkeit diesen Zeitraum deutlich überschreitet und sich zu einer kündigungsrelevanten Gefährdung entwickelt hat. Denn dann ist das Bedürfnis für ein Einschreiten des Arbeitgebers um so dringlicher, um der Zielsetzung des § 84 Abs. 2 SGB IX – dem Erhalt des Arbeitsplatzes – gerecht werden zu können.

Letztendlich überschneiden sich daher die Anwendungsbereiche des § 84 Abs. 1 und Abs. 2 SGB IX, jedenfalls in Bezug auf schwerbehinderte Arbeitnehmer. Ein Stufenverhältnis der Vorschriften kann nicht angenommen werden.

Allerdings kann der Arbeitgeber im Fall kündigungsrelevanter Arbeitsunfähigkeitszeiten auch nicht kumulativ verpflichtet sein, sowohl ein BEM als auch ein Präventionsverfahren durchzuführen. Hierdurch würde man nicht nur das spezielle Erfordernis der Zustimmung des Arbeitnehmers nach § 84 Abs. 2 SGB IX umgehen, das für die Einleitung eines Präventionsverfahrens gerade nicht gefordert wird. Der Arbeitgeber wäre auch in

¹³¹ Eine Gefährdung im Sinne des § 84 Abs. 1 SGB IX kann zum Beispiel typischerweise bei schwerbehinderten Arbeitnehmern angenommen werden, bei denen die Arbeitsunfähigkeit auf die Behinderung zurückzuführen ist; bei diesen Fällen ist schon nach einer sechs Wochen andauernden Arbeitsunfähigkeit nicht auszuschließen, dass es auch in Zukunft zu behinderungsbedingten Schwierigkeiten kommen wird, die das Arbeitsverhältnis gefährden können.

¹³² Wie hier auch *Brose*, RdA 2006, S. 149, (152); a.A. *Schlewing*, die meint, ein in Zeitnähe zur Kündigung durchzuführendes Eingliederungsmanagement sehe das Gesetz nicht vor, vgl. *Schlewing*, ZfA 2005, S. 485, (500).

derselben Sache zu einer sinnlosen Doppelberatung mit den betriebsinternen und -externen Stellen verpflichtet, deren Ziel es in beiden Fällen ist, die aufgetretenen Schwierigkeiten zu überwinden.¹³³

Im Ergebnis lässt sich das BEM daher nur als Sonderfall der allgemeinen Präventionsverpflichtung einordnen, der bei einer Gefährdung des Arbeitsverhältnisses aufgrund von Arbeitsunfähigkeit als *lex specialis* die Regelung des § 84 Abs. 1 SGB IX verdrängt, soweit ein schwerbehinderter Arbeitnehmer betroffen ist.¹³⁴

Ein solches Verständnis entbindet den Arbeitgeber nicht nur von einer überflüssigen Doppelberatung und führt zur Beachtung des Zustimmungserfordernisses; es lässt sich darüber hinaus auch methodisch rechtfertigen. Methodisch betrachtet enthält § 84 Abs. 2 SGB IX alle Merkmale des § 84 Abs. 1 SGB IX,¹³⁵ fordert jedoch über den Anwendungsbereich des Abs. 1 hinaus, für den speziellen Fall der Arbeitsunfähigkeit eine Intervention schon nach sechswöchiger Dauer der Arbeitsunfähigkeit, also zu einem im Verhältnis zu § 84 Abs. 1 SGB IX konkretisierten, häufig sogar vorgelagerten Zeitpunkt. § 84 Abs. 2 SGB IX geht damit nicht nur im Anwendungsbereich des § 84 Abs. 1 SGB IX auf, sondern auch noch über diesen hinaus. Damit sind die Anforderungen erfüllt, die allgemein an das Vorliegen eines Spezialitätsverhältnisses zwischen mehreren Rechtssätzen gestellt werden.¹³⁶

Dieses Normverständnis entspricht schließlich auch der Intention, die der Gesetzgeber bei der Novellierung des § 84 Abs. 2 SGB IX hatte. Der Gesetzgeber wollte den Arbeitgeber bei dem besonderen Fall der Arbeitsunfähigkeit noch frühzeitiger zur Intervention verpflichten als in den übrigen Fällen personenbedingter Schwierigkeiten, nämlich noch bevor diese zu

¹³³ Diese Zielsetzung lässt sich als „kleinster gemeinsamer Nenner“ beiden Vorschriften zuordnen.

¹³⁴ Im Ergebnis so auch *Brose*, RdA 2006, S. 149, (152); *Schlewing*, ZfA 2005, S. 485, (489), allerdings mit Bezug auf die Vorgängerregelung.

¹³⁵ Auch das Merkmal der Gefährdung, selbst wenn nicht ausdrücklich in § 84 Abs. 2 SGB IX genannt, ist in der Norm enthalten, da auch die sechs Wochen überdauernde Arbeitsunfähigkeit bereits eine Gefährdung des Arbeitsverhältnisses darstellen kann, vgl. zu diesem Aspekt auch *Brose*, RdA 2006, S. 149, (152).

¹³⁶ Vgl. *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 267; für ein Spezialitätsverhältnis zwischen § 84 Abs. 1 und Abs. 2 SGB IX auch *Brose*, RdA 2006, S. 149, (152); *Kittner/Däubler/Zwanziger/Zwanziger/Deinert*, KSchR, § 84 SGB IX, Rn. 10.

einer kündigungsrelevanten Gefährdung wird.¹³⁷ Der Hintergrund hierfür war, dass der Gesetzgeber zum Zeitpunkt der Novellierung des § 84 SGB IX feststellen musste, dass bei Schwerbehinderten nach wie vor viele Abgänge in die Arbeitslosigkeit aus Krankheitsgründen erfolgten.¹³⁸

Stellt sich also bei einem schwerbehinderten Arbeitnehmer eine über sechs Wochen dauernde Arbeitsunfähigkeit ein, hat der Arbeitgeber ein BEM einzuleiten. Die Durchführung eines gesonderten Präventionsverfahrens bedarf es in diesem Fall wegen der Vorrangigkeit des § 84 Abs. 2 SGB IX nicht. Gleiches gilt im Vorfeld einer wegen der Arbeitsunfähigkeit beabsichtigten arbeitgeberseitigen Kündigung.

IV. Umfang der von § 84 SGB IX angestrebten Kündigungsprävention

Nachdem durch die Darstellung von Gegenstand und Tatbestand des Präventionsverfahrens bzw. des BEM das gesetzliche Konzept des § 84 SGB IX zur Prävention arbeitgeberseitiger Kündigungen ermittelt werden konnte, geht es nachfolgend um die Frage, in welchem Umfang die gewünschte kündigungspräventive Wirkung der Verfahren eintreten kann. Dies hängt maßgeblich vom Anwendungsbereich des § 84 SGB IX ab, welcher nachfolgend dargestellt werden soll.

Die Darstellung bezieht sich auf fünf Bereiche. Zunächst geht es um die Frage, ob die Verfahren nach § 84 SGB IX auch schon in den ersten sechs Monaten der Beschäftigung durchzuführen sind. Ferner ist zu untersuchen, ob es auch unmittelbar vor Ausspruch einer Kündigung noch der (ggf. wiederholten) Durchführung eines Präventionsverfahrens bzw. BEM bedarf. Desweiteren soll der Frage nachgegangen werden, ob Präventionsverfahren und BEM auch durchzuführen sind, wenn es um den Ausspruch einer An-

¹³⁷ Vom Gesetzgeber wird diese Zielsetzung auch umschrieben als Ausbau der betrieblichen Prävention im Sinne von Rehabilitation statt Entlassung, vgl. die Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Ausbildung und Beschäftigung schwerbehinderter Menschen vom 17. 10. 2003 bzw. vom 21. 10. 2003, BR-DS 746/03, S. 1 und BT-DS 15/1783, S. 1, sowie die Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit und Soziale Sicherung vom 14. 1. 2004, BT-DS 15/2357, S. 2.

¹³⁸ Vgl. den Bericht der Bundesregierung nach § 160 SGB IX über die Beschäftigungssituation schwerbehinderter Menschen vom 26. 6. 2003, BT-DS 15/1295, S. 26; vgl. ferner die Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Ausbildung und Beschäftigung schwerbehinderter Menschen vom 21. 10. 2003, BT-DS 15/1783, S. 16.

derungs- bzw. außerordentlichen Beendigungskündigung geht. Schließlich ist die Anwendbarkeit des § 84 SGB IX im Rahmen atypischer Beschäftigungsformen (befristetes und faktisches Arbeitsverhältnis) zu untersuchen und auf die Fälle einzugehen, in denen die Durchführung der Verfahren entbehrlich sein kann.

Je weiter sich hiernach der Anwendungsbereich des § 84 SGB IX darstellt, umso umfangreicher kann auch die von der Vorschrift beabsichtigte kündigungspräventive Wirkung sein. Der Umfang, in welchem § 84 SGB IX seine gewünschte kündigungspräventive Wirkung entfalten kann, ist wiederum entscheidend für die Beantwortung der der Arbeit zugrundeliegenden Fragestellung, inwieweit Prävention vor dem Verlust des Arbeitsplatzes durch Kündigung schützen kann.

1. Die Anwendbarkeit des § 84 SGB IX in den ersten sechs Monaten der Beschäftigung

Eine erfolgreiche Probezeit, die regelmäßig für die ersten sechs Monate des Beschäftigungsverhältnisses vereinbart wird,¹³⁹ ist sowohl bei schwerbehinderten als auch bei nicht behinderten Arbeitnehmern Grundvoraussetzung für eine dauerhafte Integration in das erprobte Arbeitsverhältnis.¹⁴⁰ Wäre innerhalb der ersten sechs Monate eines Beschäftigungsverhältnisses die Durchführung des Präventionsverfahrens bzw. BEM entbehrlich, würde dies die Gefahr begründen, dass bei Eintritt von personenbedingten Schwierigkeiten oder Arbeitsunfähigkeitszeiten Möglichkeiten zur Fortsetzung des Beschäftigungsverhältnisses unentdeckt bzw. ungenutzt bleiben

¹³⁹ Dies ergibt sich daraus, dass der gesetzliche Kündigungsschutz nach dem Kündigungsschutzgesetz gemäß § 1 Abs. 1 KSchG sowie der Sonderkündigungsschutz zugunsten schwerbehinderter Arbeitnehmer gemäß § 90 Abs. 1 Nr. 1 SGB IX erst nach sechsmonatiger Dauer des Beschäftigungsverhältnisses eingreift; ferner geht auch § 622 Abs. 3 BGB, der die Kündigungsfrist im Rahmen einer vereinbarten Probezeit regelt, von einer maximalen Dauer der Probezeit von sechs Monaten aus, vgl. hierzu auch Erfurter Kommentar/*Müller-Glöge*, § 622 BGB, Rn. 14, 15.

¹⁴⁰ Ähnlich *Gagel/Schian*, die die Anwendbarkeit des § 84 Abs. 1 SGB IX innerhalb der ersten sechs Monate der Beschäftigung unter anderem damit begründen, dass die Möglichkeit des Fußfassens im Arbeitsverhältnis von ähnlich großer Bedeutung ist wie der Erhalt eines Dauerarbeitsverhältnisses, vgl. *Gagel/Schian*, iqpr-Forum B, Diskussionsbeitrag Nr. 14/2007, S. 1, (3), im Internet veröffentlicht unter http://www.iqpr.de/iqpr/seiten/diskussionsforen/forumb/forum-b-de.asp#B14_2007, (letzter Abruf am 12. 10. 2010); in dem Sinne auch *Gagel*, der betont, dass das Präventionsverfahren gerade in den ersten sechs Monaten des Arbeitsverhältnisses besondere Bedeutung haben könne, vgl. *Gagel*, Anmerkung zum Urteil des BAG vom 28. 6. 2007, jurisPR-ArbR 39/2007, Anm. 1.

und stattdessen das Beschäftigungsverhältnis beendet wird. Dies zeigt, wie entscheidend die Frage der Anwendbarkeit des § 84 SGB IX für den Erhalt von Arbeitsplätzen schwerbehinderter Arbeitnehmer sein kann.

Der Wortlaut des § 84 SGB IX gibt keinen Aufschluss darüber, ob Präventionsverfahren und BEM auch schon innerhalb der ersten sechs Monate eines Beschäftigungsverhältnisses durchzuführen sind.¹⁴¹ Anders als etwa § 1 Abs. 1 KSchG für die Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes knüpft § 84 SGB IX die Anwendbarkeit der Norm nicht an ein mindestens sechsmonatiges Bestehen des Arbeits- oder Beschäftigungsverhältnisses. Jedoch lässt sich hieraus, wie einige Stimmen in der Literatur meinen,¹⁴² nicht zwingend ableiten, dass die Durchführung der Verfahren dem Arbeitgeber schon mit dem ersten Tag der Beschäftigung aufgegeben ist. Vielmehr kann in der fehlenden Einschränkung des Anwendungsbereichs durch Festlegung einer Mindestdauer des Beschäftigungsverhältnisses auch eine planwidrige Regelungslücke des Gesetzes liegen. Diese Erwägung ist naheliegend, wenn man berücksichtigt, dass das Zustimmungserfordernis des Integrationsamtes aus § 85 SGB IX sowie die übrigen Vorschriften des Sonderkündigungsschutzes¹⁴³ zugunsten Schwerbehinderter gemäß § 90 Abs. 1 Nr. 1 SGB IX erst dann zum Tragen kommen, wenn das zu kündigende Arbeitsverhältnis zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung ohne Unterbrechung bereits länger als sechs Monate bestanden hat.

Soweit sich also in § 84 Abs. 1 bzw. Abs. 2 SGB IX eine Regelungslücke feststellen lässt, wäre eine Rechtsfortbildung im Wege der teleologischen

¹⁴¹ Nach Ansicht des BAG ist der Arbeitgeber innerhalb der ersten sechs Monate der Beschäftigung nicht verpflichtet, ein Präventionsverfahren durchzuführen, vgl. BAG, Urteil vom 28. 6. 2007, AuR 2007, S. 323, (323); a.A. *Brose*, RdA 2006, S. 149, (149); Dau/Düwell/Haines/*Düwell*, Sozialgesetzbuch IX, § 84, Rn. 4; *Gagel*, Anmerkung zum Urteil des BAG vom 28. 6. 2007, jurisPR-ArbR 39/2007, Anm. 1; *Gagel/Schian*, iqpr-Forum B, Diskussionsbeitrag Nr. 14/2007, S. 1, 3 ff., im Internet veröffentlicht unter http://www.iqpr.de/iqpr/seiten/diskussionsforen/forumb/forum-b-de.asp#B14_2007, (letzter Abruf am 12. 10. 2010).

¹⁴² So *Brose*, RdA 2006, S. 149, (149); Dau/Düwell/Haines/*Düwell*, Sozialgesetzbuch IX, § 84, Rn. 4; *Gagel/Schian*, iqpr-Forum B, Diskussionsbeitrag Nr. 14/2007, S. 1, (3), im Internet veröffentlicht unter http://www.iqpr.de/iqpr/seiten/diskussionsforen/forumb/forum-b-de.asp#B14_2007, (letzter Abruf am 12. 10. 2010); *Gagel*, Anmerkung zum Urteil des LAG Hamm vom 7. 12. 2006, jurisPR-ArbR 22/2007 Anm. 3.

¹⁴³ Hierzu zählt unter anderem die nach § 86 SGB IX verlängerte Kündigungsfrist von mindestens vier Wochen.

Reduktion möglich¹⁴⁴ und der Anwendungsbereich der Vorschriften auf solche Arbeitsverhältnisse zu beschränken, die bereits sechs Monate bestanden haben.

a. Regelungslücke im Rahmen des § 84 Abs. 1 und Abs. 2 SGB IX

Nach den allgemein anerkannten Grundsätzen der Rechtsfortbildung liegt eine Regelungslücke nicht nur dann vor, wenn eine Norm für eine bestimmte Fallgestaltung keine Regelung enthält, obgleich die Norm nach ihrem Normzweck eine derartige Regelung enthalten sollte (sogenannte offene Regelungslücke). Eine Regelungslücke liegt auch vor, wenn das Gesetz für bestimmte Fallgestaltungen eine nach ihrem möglichen Wortsinne anwendbare Regelung enthält, diese Regelung für die bestimmten Fallgestaltungen nach dem Sinn und Zweck der Norm aber nicht passt und das Gesetz daher einer nicht normierten, durch seinen Sinn und Zweck aber geforderten Einschränkung bedarf (sogenannte verdeckte Regelungslücke).¹⁴⁵ Im letzteren Fall besteht die Regelungslücke also im Fehlen einer den Anwendungsbereich der Norm einschränkenden Ausnahmeregelung.¹⁴⁶

Im Anwendungsbereich des § 84 SGB IX kommt das Vorliegen einer verdeckten Regelungslücke in Betracht, wenn man darauf abstellt, dass die Norm nach ihrem Wortlaut keine Einschränkung dahingehend enthält, dass nur Beschäftigungsverhältnisse von mindestens sechsmonatiger Dauer erfasst werden sollen. Diese fehlende Einschränkung rechtfertigt jedoch nur dann die Annahme einer verdeckten Regelungslücke, wenn der Sinn und Zweck des § 84 Abs. 1 SGB IX und des § 84 Abs. 2 SGB IX eine solche Ausnahme gebieten und daher eine teleologische Reduktion der Norm zur Vermeidung sinn- und zweckwidriger Ergebnisse bei der Anwendung des § 84 SGB IX geboten ist.¹⁴⁷

¹⁴⁴ *Larenz/Canaris* beschreiben die teleologische Reduktion einer Norm als Zurückführung einer im Gesetz enthaltenen, nach ihrem eindeutigen Wortsinn zu weit gefassten Regel auf den ihr nach dem Regelungszweck oder dem Sinnzusammenhang des Gesetzes zukommenden Anwendungsbereich, vgl. *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 210, 211.

¹⁴⁵ *Larenz/Canaris*, a.a.O. (Fn. 144), S. 191, S. 198, S. 210.

¹⁴⁶ Ein anerkanntes Beispiel für eine verdeckte Regelungslücke ist § 181 BGB, dem nach seinem ausdrücklichen Wortlaut eine nach dem Sinn und Zweck der Norm gebotene Einschränkung für den Fall fehlt, dass die Möglichkeit einer Interessenkollision schon abstrakt betrachtet nicht besteht, vgl. hierzu *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 198.

¹⁴⁷ *Larenz/Canaris*, a.a.O. (Fn. 146), S. 220 ff; *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik, S. 261; *Rüthers*, Rechtslehre, § 23, Rn. 848, 867 ff.

Für die Feststellung, ob im Anwendungsbereich des § 84 Abs. 1 SGB IX bzw. des § 84 Abs. 2 SGB IX eine verdeckte Regelungslücke enthalten ist, bedarf es daher der Ermittlung des eigentlichen Sinn und Zwecks der jeweiligen Regelungen.¹⁴⁸ Es gilt herauszuarbeiten, ob dieser es gebietet, Arbeitsverhältnisse, die noch nicht sechs Monate bestanden haben, aus dem jeweiligen Anwendungsbereich auszuklammern.

aa. Die ratio legis des Präventionsverfahrens nach § 84 Abs. 1 SGB IX

Zur Ermittlung der *ratio legis*, also des Schutzzwecks und des Grundgedankens einer Rechtsvorschrift ist auf die vom Gesetzgeber vorgefundene Normsituation zur Zeit der Entstehung der Rechtsnorm zurückzugreifen.¹⁴⁹ Zu berücksichtigen sind in diesem Zusammenhang all diejenigen realen Gegebenheiten, denen der Gesetzgeber zum Zeitpunkt der Normsetzung mit der in Rede stehenden Regelung Rechnung tragen wollte. Im Rahmen dieser Normsituation ist für die Findung des normativen Sinn und Zwecks einer Vorschrift danach zu fragen, was der Anlass der Normsetzung war und welche Zielvorstellungen und Regelungsabsichten der Gesetzgeber hatte.¹⁵⁰ Zur Feststellung der realen Gegebenheiten, die zum Zeitpunkt der Normsetzung bestanden haben, sowie der Regelungsabsichten und Zielvorstellungen des Gesetzgebers können Beratungsprotokolle, Gesetzesentwürfe und die den Gesetzesentwürfen beigefügten offiziellen Begründungen herangezogen werden.¹⁵¹

Berücksichtigt man diese Auslegungsgrundsätze bei der Findung des Schutzzwecks des § 84 Abs. 1 SGB IX, müssen neben den Gesetzesmaterialien zu § 84 Abs. 1 SGB IX vor allem die Materialien zu der Vorgängerregelung des § 14 c Schwerbehindertengesetz (SchwbG) zu Rate gezogen werden, da mit dieser das Präventionsverfahren erstmals in das Schwerbe-

¹⁴⁸ Die Feststellung der Lücke und ihre Ausfüllung beruhen also auf den gleichen Erwägungen über den Sinn und Zweck der in Frage stehenden Norm, vgl. hierzu *Larenz/Canaris*, a.a.O. (Fn. 146), S. 220.

¹⁴⁹ *Larenz/Canaris*, a.a.O. (Fn. 146), S. 150 ff.

¹⁵⁰ *Larenz/Canaris*, a.a.O. (Fn. 146), S. 139, 140.

¹⁵¹ *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 149 ff; *Wank*, Die Auslegung von Gesetzen, § 3, S. 44, S. 91 ff.

hindertenrecht eingeführt wurde.¹⁵² Zudem wurde § 14 c SchwbG inhaltsgleich von § 84 Abs. 1 SGB IX übernommen.¹⁵³

Die Gesetzesmaterialien zu § 14 c SchwbG lassen im Wesentlichen zwei Zielsetzungen erkennen. Zum einen ist erkennbar, dass es dem Gesetzgeber bei der Einführung des Präventionsverfahrens um die Umsetzung des seit 1994 im Grundgesetz verankerten Benachteiligungsverbot zugunsten behinderter Menschen ging. In der Begründung des Gesetzesentwurfs zu § 14 c SchwbG wird der verfassungsrechtliche Hintergrund herausgestellt und betont, dass für eine gleichberechtigte Teilhabe behinderter Menschen am gesellschaftlichen Leben die Eingliederung in Arbeit und Ausbildung Voraussetzung sei. Aus Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG folge die Verpflichtung, sich aktiv um die Integration von Menschen mit Behinderungen in den Beruf zu bemühen.¹⁵⁴

Zum anderen stand bei Einführung des Präventionsverfahrens der sozialpolitische Wille, die überdurchschnittlich hohe Arbeitslosigkeit unter schwerbehinderten Menschen schnellstmöglich und nachhaltig ab-zubauen,¹⁵⁵ im Mittelpunkt der gesetzgeberischen Zielvorstellungen. Dieses Ziel kommt schon im Namen des Gesetzes vom 16. Mai 2000 zum Ausdruck (*Gesetz zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit Schwerbehinderter*), wird aber auch wiederholt in der Gesetzesbegründung als maßgebliches Ziel der gesetzlichen Novellierungen herausgestellt.¹⁵⁶

In der Gesetzesbegründung zum novellierten Schwerbehindertengesetz bringt der Gesetzgeber weiter zum Ausdruck, dass sowohl die Verwirklichung der vom Grundgesetz geforderten Chancengleichheit als auch der Abbau der Arbeitslosigkeit nur durch Maßnahmen gelingen kann, die schwerbehinderte Menschen dauerhaft in Arbeit und Ausbildung einglie-

¹⁵² Kossens/von der Heide/Maaß/Kossens, SGB IX, § 84 SGB IX, Rn. 1.

¹⁵³ Vgl. die Begründung des Gesetzesentwurfs eines Sozialgesetzbuchs – Neuntes Buch – (SGB IX) Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen vom 16. 1. 2001, BT-DS 14/5074, S. 113.

¹⁵⁴ Vgl. die Begründung zum Entwurf des Gesetzes zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit Schwerbehinderter vom 16. 5. 2000, BT-DS 14/3372, S. 15.

¹⁵⁵ Laut des Jahresberichts der Bundesarbeitsgemeinschaft der Integrationsämter und Hauptfürsorgestellen (BIH) aus dem Jahr 2005/2006 lag die Arbeitslosenzahl unter Schwerbehinderten im Jahr 2000 bei 184.089 Arbeitslosen, vgl. Jahresbericht 2005/2006 der BIH, S. 13 ff., veröffentlicht im Internet unter www.integrationsaemter.de, (letzter Abruf am 31. 10. 2010).

¹⁵⁶ Vgl. die Begründung zum Entwurf des Gesetzes zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit Schwerbehinderter vom 16. 5. 2000, BT-DS 14/3372, S. 15.

dem.¹⁵⁷ Zu diesem Zweck betont der Gesetzgeber, dass ein Bündel verschiedener Maßnahmen vorgesehen sei. Zu diesen, vom Gesetzgeber angesprochenen Maßnahmen ist auch das Präventionsverfahren zu rechnen.

Nach der Gesetzesbegründung zu § 14 c SchwbG ist Zweck des Präventionsverfahrens, dazu beizutragen, dass Schwierigkeiten bei der Beschäftigung Schwerbehinderter möglichst gar nicht erst entstehen bzw. dass diese möglichst frühzeitig behoben werden, um das Arbeitsverhältnis des schwerbehinderten Menschen möglichst dauerhaft fortsetzen zu können.¹⁵⁸

An diese Zwecksetzung knüpfen auch die Novellierungen des Gesetzes vom 1. Juli 2001 und vom 1. Mai 2004 unverändert an.¹⁵⁹

Das maßgebliche Ziel des Präventionsverfahrens ist danach der möglichst dauerhafte Erhalt von Arbeitsverhältnissen bereits beschäftigter schwerbehinderter Menschen, um diesen eine gleichberechtigte Teilhabe am Arbeitsleben durch eine dauerhafte Integration in Beruf und Beschäftigung zu sichern.

Die dargestellten Ziele des § 14 c SchwbG bzw. des § 84 Abs. 1 SGB IX sprechen dafür, dem Arbeitgeber die Pflicht zur Durchführung eines Präventionsverfahrens schon in den ersten sechs Monaten der Beschäftigung aufzuerlegen. Denn wenn es dem Präventionsverfahren letztlich um die möglichst dauerhafte Integration schwerbehinderter Menschen in das Arbeitsleben geht, sind Schwierigkeiten, die zu einer Gefährdung des Arbeitsverhältnisses führen können, also gegen die Integration wirken, unabhängig davon zu bekämpfen, ob sie nach zwei, drei oder sieben Monaten der Beschäftigung auftreten. Zudem ist, wie im Eingangssatz bereits hervorgehoben, eine erfolgreiche Probezeit innerhalb der ersten sechs Monate der Beschäftigung Grundvoraussetzung für eine dauerhafte Integration in das erprobte Arbeitsverhältnis.¹⁶⁰

¹⁵⁷ Vgl. die Begründung zum Entwurf des Gesetzes zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit Schwerbehinderter vom 16. 5. 2000, a.a.O. (Fn. 156).

¹⁵⁸ Vgl. die Begründung zum Entwurf des Gesetzes zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit Schwerbehinderter vom 16. 5. 2000, a.a.O. (Fn. 156), S. 16.

¹⁵⁹ Vgl. die Begründung zum Entwurf eines Sozialgesetzbuches – Neuntes Buch – (SGB IX) Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen – vom 16. 1. 2001, BT-DS 14/5074, S. 1 ff., S. 113 und die Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Ausbildung und Beschäftigung schwerbehinderter Menschen vom 21. 10. 2003, BT-DS 15/1783, S. 1, S. 10 ff., S. 15 ff.

¹⁶⁰ Ähnlich *Gagel/Schian*, die die Anwendbarkeit des § 84 Abs. 1 SGB IX innerhalb der ersten sechs Monate der Beschäftigung u. a. damit begründen, dass die Möglichkeit des Fußfassens im Arbeitsverhältnis von ähnlich großer Bedeutung ist wie der Erhalt

Der Sinn und Zweck des Präventionsverfahrens erfordert demnach keine einschränkende Auslegung dahingehend, dass erst bei sechsmonatigem Bestehen des Arbeitsverhältnisses ein Präventionsverfahren durchzuführen ist.

bb. Die ratio legis des BEM nach § 84 Abs. 2 SGB IX

Im Vordergrund der von § 84 Abs. 2 SGB IX verfolgten Ziele steht der Erhalt der Gesundheit und Arbeitsfähigkeit der Arbeitnehmer. Dies lässt sich zum einen der Entstehungsgeschichte, zum anderen dem seit 1. Mai 2004 novellierten Wortlaut der Norm entnehmen.

Die Entstehung der Norm in ihrer heutigen Fassung ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass mit dem demografischen Wandel die Zahl älterer und leistungsgewandelter Arbeitnehmer zunehmen wird. Hierdurch wird gleichzeitig die Gefahr begründet, dass die Sozialversicherungssysteme angesichts steigender Krankheits- und Krankheitsfolgekosten, die infolge krankheitsbedingter Arbeits-unfähigkeitzeiten bzw. durch frühzeitiges Ausscheiden aus dem Arbeitsprozess entstehen, kollabieren.¹⁶¹

Vor diesem sozialpolitischen Hintergrund wird in der Gesetzesbegründung zur Novellierung des SGB IX der Wille zum Ausdruck gebracht, der Gesundheitsprävention im Betrieb ein stärkeres Gewicht beizumessen.¹⁶²

eines Dauerarbeitsverhältnisses, vgl. *Gagel/Schian*, iqpr-Forum B, Diskussionsbeitrag Nr. 14/2007, S. 1, (3), im Internet veröffentlicht unter http://www.iqpr.de/iqpr/seiten/diskussionsforen/forumb/forum-b-de.asp#B14_2007, (letzter Abruf am 12. 10. 2010); in dem Sinne auch *Gagel*, der betont, gerade in den ersten sechs Monaten des Arbeitsverhältnisses könne das Präventionsverfahren besondere Bedeutung haben, vgl. *Gagel*, Anmerkung zum Urteil des BAG vom 28. 6. 2007, jurisPR-ArbR 39/2007, Anm. 1.

¹⁶¹ *Diüwell*, FS Küttner, S. 139, (141); *Seel*, br 2006, S. 30, (30); vgl. auch die Begründung zum Entwurf eines Präventionsgesetzes vom 15. 2. 2005, BT-DS 15/4833, S. 1 ff.

¹⁶² Zwar wird in der Gesetzesbegründung auf diesen sozialpolitischen Hintergrund nicht ausdrücklich verwiesen, vgl. die Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Ausbildung und Beschäftigung schwerbehinderter Menschen vom 23. 4. 2004, BR-DS 746/03, S. 1. und die Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Ausbildung und Beschäftigung schwerbehinderter Menschen vom 21. 10. 2003, BT-DS 15/1783, S. 16; gleichwohl können diese tatsächlichen Gegebenheiten bei der Findung des Normzwecks des § 84 Abs.2 SGB IX nicht ausgeblendet werden, weil die Normsituation zum Zeitpunkt der Novellierung des § 84 Abs. 2 SGBIX von Bedeutung für die Findung des Normzwecks ist, vgl. die Ausführungen zur Ermittlung der ratio legis einer Norm unter: Zweiter Teil, C., IV., 1., a.; dass es eine allgemeine Tendenz in der Gesetzgebung gibt, der betrieblichen Gesundheitsförderung und -prävention ein stärkeres Gewicht als bisher beizumessen,

Schon vor Einführung des BEM war der Arbeitgeber aufgrund des § 81 Abs. 4 und Abs. 5 SGB IX verpflichtet, durch entsprechende Gestaltung des Arbeitsprozesses die Arbeitnehmer vor arbeitsbedingten Gesundheitsgefahren zu schützen.¹⁶³ Dieser Ansatz ist mit Einführung des BEM noch verstärkt worden. Hierdurch wird der Arbeitgeber nach Auftreten krankheits- oder behinderungsbedingter Arbeitsunfähigkeit in qualifizierter Weise in die Pflicht genommen, die Arbeitsfähigkeit möglichst vollumfänglich wiederherzustellen.¹⁶⁴ Zum anderen werden durch das BEM auch die betrieblichen Interessenvertretungen sowie Integrationsamt und Rehabilitationsleistungsträger in die Gesundheitsförderung miteinbezogen.¹⁶⁵

Das Ziel der Gesunderhaltung und des Erhalts der Arbeitsfähigkeit kommt auch im Wortlaut des neu gefassten § 84 Abs. 2 SGB IX zum Ausdruck. Dieser knüpft mit dem Merkmal der sechs Wochen überdauernden Arbeitsunfähigkeit an einen zeitlich der Gefährdung des Arbeitsverhältnisses durch Kündigung noch vorgelagerten Zeitpunkt und damit an Merkmale, die sich noch im Vorfeld einer Kündigung bewegen können. Diese frühe Intervention soll Krankheiten und Behinderungen, die sich negativ auf die Arbeitsfähigkeit auswirken können, schon im Ansatz begegnen und damit gravierenderen Problemen vorbeugen. Das hierbei vorrangige Ziel des Erhaltes der Gesundheit und Arbeitsfähigkeit lässt sich § 84 Abs. 2 SGB IX unmittelbar entnehmen: „(...) wie die Arbeitsunfähigkeit möglichst überwunden (...) und (...) erneuter Arbeitsunfähigkeit vorgebeugt (...) werden kann (...)“.

zeigt auch der bisher nicht Gesetz gewordene Entwurf eines Präventionsgesetzes vom 15. 2. 2005, BT-DS 15/4833, S. 1 ff.

¹⁶³ Vgl. die Ausführungen zu den Pflichten aus § 81 Abs. 4 und 5 SGB IX unter: Zweiter Teil, B.

¹⁶⁴ In der Gesetzesbegründung ist insoweit von *geeigneter Gesundheitsprävention* die Rede, vgl. die Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Ausbildung und Beschäftigung schwerbehinderter Menschen vom 21. 10. 2003, BT-DS 15/1783, S. 16.

¹⁶⁵ *Düwell* geht davon aus, dass der Erfolg präventiver Maßnahmen nur gesteigert werden kann, wenn dem Präventionsansatz eine größere Betriebsnähe verschafft werde; nur im Zusammenwirken der vor Ort kündigen Betriebsparteien mit den betriebsärztlichen Diensten, den externen Sachverständigen aus den Sozialversicherungen und den Fachleuten aus den Integrationsämtern sowie unter Hinzuziehung der Fallmanager spezialisierter Integrationsdienste sei eine Verbesserung erreichbar, vgl. *Düwell*, FS Küttner, S. 139, (141).

Neben der Gesunderhaltung der Arbeitnehmer geht es § 84 Abs. 2 SGB IX darüberhinaus aber auch darum, Kündigungen wegen Arbeitsunfähigkeit vorzubeugen.¹⁶⁶

Diese Zwecksetzung ergibt sich daraus, dass der Grund der Bemühungen um den Erhalt der Gesundheit und Arbeitsfähigkeit der Arbeitnehmer nicht ausschließlich in einer Fürsorge um die Gesundheit der Beschäftigten gesehen werden kann. Vielmehr geht es vor dem Hintergrund des demografischen Wandels auch darum, das krankheits- oder behinderungsbedingte frühzeitige Ausscheiden der Arbeitnehmer aus dem Arbeitsprozess zu vermeiden, weil dies zu einer erhöhten Belastung der Sozialversicherungssysteme führen würde. Da die Kündigung wegen krankheits- oder behinderungsbedingter Arbeitsunfähigkeit einer der Hauptgründe ist, warum Arbeitnehmer frühzeitig aus dem Arbeitsprozess ausscheiden,¹⁶⁷ muss deren Vermeidung damit auch Ziel des BEM sein.¹⁶⁸

Diese kündigungspräventive Zielsetzung des § 84 Abs. 2 SGB IX belegt auch die der Entstehung der Vorschrift zugrundeliegende Erkenntnis des Gesetzgebers, dass nach wie vor viele Abgänge in die Arbeitslosigkeit aus Krankheitsgründen erfolgen und daher im Sinne des Grundsatzes *Rehabili-*

¹⁶⁶ So auch die wohl h. M. in Rechtsprechung und Literatur, vgl. BAG, Urteil vom 12. 7. 2007, NZA 2008, S. 173, (175); LAG Hamm, Urteil vom 19. 3. 2006, LAGE § 1 KSchG Krankheit Nr. 39; LAG Nürnberg, Urteil vom 21. 6. 2006, NZA-RR 2007, S. 75, (77); LAG Hamm, Urteil vom 24. 1. 2007, 2 Sa 991/06, veröffentlicht bei Juris; Erfurter Kommentar/Rolfs, § 84 SGB IX, Rn. 1 ff.; Kittner/Däubler/Zwanziger/Zwanziger/Deinert, KSchR, § 84 SGB IX, Rn. 10; v. Hoyningen-Huene/Linck, KSchG, § 1, Rn. 341; Wortmann, ArbRB 2009, S. 16, (17); a.A. Schlewing, die meint, § 84 Abs. 2 SGB IX diene allein und ausschließlich der Gesundheitsprävention am Arbeitsplatz, nicht aber der Kündigungsprävention, vgl. Schlewing, ZfA 2005, S. 485, (496 ff.).

¹⁶⁷ So belegt eine empirische Untersuchung von Infratest Sozialforschung und dem Wirtschafts- und Sozialwissenschaftlichen Institut (WSI) der Hans Böckler Stiftung, dass die arbeitgeberseitige Kündigung, neben der Eigenkündigung durch den Arbeitnehmer, den Hauptgrund für die frühzeitige Beendigung von Arbeitsverhältnissen bildet; der Grund für die arbeitgeberseitigen Kündigungen ist zwar in 67 % der Fälle betriebsbedingt; in den übrigen Fällen nimmt aber die personenbedingte Kündigung wegen Arbeitsunfähigkeitszeiten einen wichtigen Stellenwert ein, vgl. zu den Ergebnissen der Studie, Bielenski/Hartmann/Pfarr/Seifert, AuR 2003, S. 81, (84 ff.).

¹⁶⁸ So wird denn auch in der Gesetzesbegründung als Ziel der Gesundheitsprävention formuliert, das Arbeitsverhältnis möglichst dauerhaft zu sichern, vgl. die Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Ausbildung und Beschäftigung schwerbehinderter Menschen vom 21. 10. 2003, BT-DS 15/1783, S. 16.

tation statt Entlassung der Ansatz der betrieblichen Prävention ausgebaut werden muss.¹⁶⁹

Schließlich belegt auch das Anknüpfen an das Merkmal der sechs Wochen überdauernden Arbeitsunfähigkeit die kündigungspräventive Zwecksetzung der Norm. Die sechs Wochen überdauernde Arbeitsunfähigkeit ist nach der Rechtsprechung des BAG die *kritische Grenze*, bei deren Erreichen die krankheitsbedingten Fehlzeiten zu einem Kündigungsgrund werden können. Die jährlich über sechs Wochen andauernde Arbeitsunfähigkeit über einen Zeitraum von mindestens zwei Jahren kann eine negative Prognose zur Rechtfertigung einer krankheitsbedingten Kündigung begründen.¹⁷⁰

Damit hat das BEM nicht nur eine am Erhalt der Gesundheit und Arbeitsfähigkeit orientierte Zwecksetzung, sondern ist auch auf die Prävention arbeitgeberseitiger Kündigungen wegen Arbeitsunfähigkeit ausgerichtet.

Unter Berücksichtigung dieser Zwecksetzung ist es sinnvoll, gemäß § 84 Abs. 2 SGB IX in den ersten sechs Monaten der Beschäftigung eine Pflicht zur Durchführung eines BEM zu befürworten. Die Gesundheits- und Kündigungsprävention ist nämlich umso wirkungsvoller, je eher sie einsetzt. Würden Arbeitsunfähigkeitszeiten in den ersten sechs Monaten eines Beschäftigungsverhältnisses keine Intervention im Sinne des § 84 Abs. 2 SGB IX verlangen, wäre damit die Chance vertan, krankheits- oder behinderungsbedingten Schwierigkeiten bereits im Ansatz zu begegnen und damit einer negativen Entwicklung effektiv vorzubeugen. Der Sinn und Zweck des BEM erfordert damit keine zeitliche Einschränkung des Anwendungsbereiches des § 84 Abs. 2 SGB IX.

¹⁶⁹ Diese Erkenntnis ist dem Bericht der Bundesregierung über die Beschäftigungssituation schwerbehinderter Menschen aus dem Jahr 2003 zu entnehmen, auf dessen Grundlage der Gesetzgeber sich veranlasst sah, die betriebliche Prävention auszubauen, vgl. Bericht der Bundesregierung nach § 160 SGB IX über die Beschäftigungssituation schwerbehinderter Menschen vom 26. 6. 2003, BT-DS 15/1295, S. 4, S. 20; wiederaufgegriffen in der Gesetzesbegründung, vgl. die Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Ausbildung und Beschäftigung schwerbehinderter Menschen vom 21. 10. 2003, BT-DS 15/1783, S. 16.

¹⁷⁰ BAG, Urteil vom 16. 2. 1989, BAGE 61, S. 131, (139); BAG, Urteil vom 20. 1. 2000, AP KSchG 1969, § 1 Krankheit Nr. 38; BAG, Urteil vom 10. 11. 2005, AP KSchG 1969, § 1 Krankheit Nr. 42; Erfurter Kommentar/Oetker, § 1 KschG, Rn. 144; Welti, NZS 2006, S. 623, (625).

cc. Zwischenergebnis

Unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck des Präventionsverfahrens bzw. des BEM lässt sich weder in § 84 Abs. 1 SGB IX noch in § 84 Abs. 2 SGB IX das Vorliegen einer verdeckten Regelungslücke feststellen. Eine teleologische Reduktion des § 84 SGB IX zur Vermeidung sinn- und zweckwidriger Ergebnisse bei der Anwendung der Vorschriften ist folglich aus normimmanenten Gründen nicht geboten. § 84 SGB IX ist damit nach gegenwärtiger Rechtslage auch in den ersten sechs Monaten der Beschäftigung anwendbar.

b. Analoge Anwendung des § 90 Abs. 1 Nr. 1 SGB IX

Die Regelung des § 20 SchwbG a.F. bzw. des heutigen § 90 Abs. 1 Nr. 1 SGB IX, die das Eingreifen des Sonderkündigungsschutzes zugunsten Schwerbehinderter nach §§ 85 ff. SGB IX von einem sechsmonatigen Bestehen des Arbeitsverhältnisses abhängig macht, steht der Anwendbarkeit des § 84 SGB IX noch vor Ablauf dieser sechsmonatigen Frist nicht entgegen. Ein Widerspruch zu § 20 SchwbG a.F. bzw. § 90 Abs. 1 Nr. 1 SGB IX wird hierdurch nicht begründet.¹⁷¹

§ 90 Abs. 1 Nr. 1 SGB IX lässt sich nicht die allgemeine Wertung entnehmen, der Arbeitgeber brauche bei einer Kündigung während der ersten sechs Monate der Beschäftigung generell das Integrationsamt nicht zu beteiligen, also auch nicht im Rahmen eines Präventionsverfahrens oder BEM.¹⁷² § 90 Abs. 1 Nr. 1 SGB IX bezieht sich ausdrücklich nur auf die Vorschriften *dieses Kapitels*, also lediglich auf die Vorschriften des vierten Kapitels des SGB IX (§§ 85-92 SGB IX). Damit befreit § 90 Abs. 1 Nr. 1 SGB IX den Arbeitgeber in den ersten sechs Monaten der Beschäftigung ausdrücklich nur von einer Beteiligung des Integrationsam-

¹⁷¹ Unzutreffend insoweit LAG Hamm, Urteil vom 7. 12. 2006, 15 (11) Sa 1236/06, veröffentlicht bei Juris; das LAG Hamm will aus § 90 Abs. 1 Nr. 1 SGB IX offenbar die allgemeine Wertung entnehmen, dass der Arbeitgeber grundsätzlich während der ersten sechs Monate des Arbeitsverhältnisses davon ausgehen darf, ohne Einschaltung des Integrationsamtes kündigen zu können; würde man den Arbeitgeber nach § 84 Abs. 1 SGB IX in den ersten sechs Monaten verpflichten, ein Präventionsverfahren durchzuführen und in diesem Rahmen das Integrationsamt einzuschalten, würde dies nach Ansicht des LAG Hamm einen Widerspruch zu § 90 Abs. 1 Nr. 1 SGB IX begründen; wie hier dagegen auch *Gagel*, Anmerkung zum Urteil des LAG Hamm vom 7. 12. 2006, jurisPR-ArbR 22/2007 Anm. 3; *Gagel*, Anmerkung zum Urteil des BAG vom 28. 6. 2007, jurisPR-ArbR 39/2007, Anm. 1.

¹⁷² So aber offenbar LAG Hamm, a.a.O. (Fn. 171).

tes im Rahmen des Zustimmungsverfahrens nach § 85 SGB IX, nicht aber von einer Beteiligung dieser Stelle im Rahmen von Präventionsverfahren und BEM.

Eine Anwendung des § 90 Abs. 1 Nr. 1 SGB IX bei Präventionsverfahren und BEM und damit der Ausschluss der Anwendbarkeit innerhalb der ersten sechs Monate der Beschäftigung ließe sich somit nur über eine Analogie der Norm rechtfertigen.

Eine analoge Anwendung des § 90 Abs. 1 Nr. 1 SGB IX in Bezug auf die Beteiligung des Integrationsamtes im Rahmen von Präventionsverfahren und BEM wäre grundsätzlich nur unter zwei Voraussetzungen möglich. Zum einen müsste § 90 Abs. 1 Nr. 1 SGB IX eine planwidrige Regelungslücke enthalten, zum anderen müsste der Ausschluss der Anwendbarkeit des § 84 SGB IX in den ersten sechs Monaten der Beschäftigung aufgrund einer vergleichbaren Interessenlage mit dem Ausschluss der Anwendbarkeit des § 85 SGB IX gerechtfertigt erscheinen.

Nach den allgemein anerkannten Grundsätzen der Rechtsfortbildung ist eine gesetzliche Regelung unter anderem dann (planwidrig) lückenhaft, wenn eine Norm für eine bestimmte Fallgestaltung keine Regelung enthält, obgleich die Norm nach dem ihr immanenten Normzweck eine derartige Regelung enthalten sollte (sogenannte offene Regelungslücke). Für die Frage, ob § 90 Abs. 1 Nr. 1 SGB IX planwidrig lückenhaft ist und der darin normierte Ausnahmetatbestand an sich auch § 84 SGB IX erfassen müsste, kommt es also maßgeblich auf den Sinn und Zweck der Vorschrift an.

Dieser besteht – ausweislich der Gesetzesbegründung zu § 90 Abs. 1 Nr. 1 SGB IX – darin, die Einstellungschancen schwerbehinderter Bewerber zu verbessern, indem eine uneingeschränkte Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers für die ersten sechs Monate der Beschäftigung begründet wird. Für das erste halbe Jahr der Beschäftigung benötigt der Arbeitgeber aufgrund der Regelung des § 90 Abs. 1 Nr. 1 SGB IX zur Kündigung eines schwerbehinderten Arbeitnehmers nicht die Zustimmung des Integrationsamtes. Ferner muss er in dieser Zeit nicht die nach § 86 SGB IX vorgeschriebene vierwöchige Mindestkündigungsfrist beachten. Dies soll die Einstellungsbereitschaft der Arbeitgeber im Hinblick auf schwerbehinderte Menschen fördern.¹⁷³

¹⁷³

Vgl. die Begründung zum Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Schwerbehindertengesetzes vom 3. 4. 1985, BT-DS 10/3138, S. 1 und S. 21; Beck

Allein die Zwecksetzung, durch *Deregulierung* die arbeitgeberseitige Einstellungsbereitschaft zu fördern, würde es indes auch rechtfertigen, den Anwendungsausschluss nach § 90 Abs. 1 Nr. 1 SGB IX im Wege der Analogie auf § 84 SGB IX auszudehnen. Denn jedenfalls mit § 84 Abs. 1 SGB IX werden dem Arbeitgeber bei der Einstellung eines schwerbehinderten Arbeitnehmers in den ersten sechs Monaten der Beschäftigung weitergehende Pflichten auferlegt als bei der Einstellung eines nicht behinderten Arbeitnehmers. Dies kann sich – ebenso wie der Sonderkündigungsschutz zugunsten schwerbehinderter Arbeitnehmer – negativ auf die Einstellungsbereitschaft auswirken.

Selbst wenn man aber vor diesem Hintergrund im Anwendungsbereich des § 90 Abs. 1 Nr. 1 SGB IX das Vorliegen einer (planwidrigen) Regelungslücke bejahen würde, besteht im Hinblick auf den Anwendungsausschluss bei Präventionsverfahren und BEM innerhalb der ersten sechs Monate der Beschäftigung eine von dem Zustimmungsverfahren nach § 85 SGB IX abweichende Interessenlage. Diese steht im Ergebnis einer analogen Anwendung des § 90 Abs. 1 Nr. 1 SGB IX bei § 84 SGB IX entgegen. Die Verfahren nach § 84 SGB IX und das Verfahren nach § 85 SGB IX haben nämlich unterschiedliche Zielsetzungen. Den Verfahren ist zwar gemein, dass sie auf den dauerhaften Erhalt der Arbeitsverhältnisse schwerbehinderter Arbeitnehmer ausgerichtet sind und das Integrationsamt auf einen solchen Erhalt hinwirken soll.

Im Rahmen der Verfahren nach § 84 SGB IX steht aber wie bei § 85 SGB IX nicht die Überprüfung einer bereits ausgesprochenen Kündigung unter dem Gesichtspunkt der Fürsorge im Mittelpunkt, sondern vielmehr die Beratung und Erörterung zwischen Integrationsamt und Betriebsparteien, wie das gestörte Arbeitsverhältnis möglichst fortgesetzt und der Ausspruch der Kündigung vermieden werden kann.¹⁷⁴ Zu diesem Zweck

OK/*Jaben*, § 90 SGB IX, Rn. 2; Neumann/Pahlen/Majerski-Pahlen/*Neumann*, SGB IX, § 90, Rn. 1, Rn. 6.

¹⁷⁴ Ähnlich *Gagel/Schian*, die zutreffend meinen, dass es im Rahmen des § 84 Abs. 1 SGB IX in erster Linie um die stets bestehende Daueraufgabe des Integrationsamtes gehe, zur Sicherung von Arbeitsverhältnissen schwerbehinderter Arbeitnehmer durch Beratung und Unterstützung tätig zu werden, vgl. *Gagel/Schian*, iqpr-Forum B, Diskussionsbeitrag Nr. 14/2007, S. 1, (3), im Internet veröffentlicht unter http://www.iqpr.de/iqpr/seiten/diskussionsforen/forumb/forum-b-de.asp#B14_2007, (letzter Abruf am 12. 10. 2010); diese Beratungsfunktion erkennt auch das LAG Hamm an, vgl. die Ausführungen im Urteil des LAG Hamm vom 7. 12. 2006, 15 (11) Sa 1236/06, veröffentlicht bei Juris.

sollen im Rahmen von Präventionsverfahren und BEM – unter Inanspruchnahme des besonderen Sachverständes u.a. des Integrationsamtes – Möglichkeiten zur optimalen (Weiter-)Beschäftigung des schwerbehinderten Arbeitnehmers gesucht werden. Das Integrationsamt nimmt damit eine ganz andere Funktion wahr als im Rahmen des Zustimmungsverfahrens nach § 85 SGB IX.¹⁷⁵ Zudem deckt sich die Zielsetzung von Präventionsverfahren und BEM mit der Zielsetzung, die eine innerhalb der ersten sechs Monate regelmäßig vereinbarte Probezeit hat. Eine solche Probezeit dient der Erprobung des neu eingestellten Arbeitnehmers, also der Feststellung seiner Arbeitsfähigkeit. Präventionsverfahren und BEM wirken hier unterstützend, da mit Hilfe des Integrationsamtes Möglichkeiten der fähigkeitsgerechten Beschäftigung gefunden werden können, die ohne die Verfahren ggf. unentdeckt geblieben wären.

Dementsprechend steht die besondere Zielsetzung von Präventionsverfahren und BEM einem Anwendungsausschluss des § 84 SGB IX in den ersten sechs Monaten der Beschäftigung entgegen. Eine analoge Anwendung des § 90 Abs. 1 Nr. 1 SGB IX bei § 84 SGB IX kommt somit nicht in Betracht.

Im Ergebnis ist daher der Anwendungsbereich des § 84 SGB IX auch nicht in analoger Anwendung des § 90 Abs. 1 Nr. 1 SGB IX auf solche Arbeitsverhältnisse zu beschränken, die bereits sechs Monate bestanden haben.¹⁷⁶

Damit soll § 84 SGB IX nach seinem gegenwärtigen gesetzlichen Konzept auch dazu beitragen, dass eine für die ersten sechs Monate eines Beschäftigungsverhältnisses vereinbarte Probezeit trotz Auftretens personenbedingter Schwierigkeiten oder Arbeitsunfähigkeitszeiten erfolgreich sein kann und zu einer dauerhaften Beschäftigung eines schwerbehinderten Arbeitnehmers führen kann.

¹⁷⁵ So auch *Gagel*, Anmerkung zum Urteil des LAG Hamm vom 7. 12. 2006, jurisPR-ArbR 22/2007 Anm. 3.

¹⁷⁶ Hiervon zu unterscheiden ist die Frage, ob die Nichtdurchführung eines Präventionsverfahrens bzw. BEM in den ersten sechs Monaten der Beschäftigung Auswirkungen auf die Wirksamkeit einer Kündigung durch den Arbeitgeber haben kann, vgl. hierzu BAG, Urteil vom 28. 6. 2007, BAGE 123, S. 191, (191 ff.); BAG, Urteil vom 24. 1. 2008, NZA-RR 2008, S. 405, (405 ff.); diese Frage ist Gegenstand der weiteren Auseinandersetzung im dritten Teil dieser Arbeit, auf den insoweit verwiesen wird.

2. Präventionsverfahren und BEM vor Ausspruch der Kündigung

Für den Umfang der von § 84 SGB IX angestrebten kündigungspräventiven Wirkung ist desweiteren von Bedeutung, ob der Arbeitgeber auch nach bereits erfolgloser Durchführung eines Präventionsverfahrens bzw. BEM erneut den Klärungsprozess nach § 84 SGB IX einleiten muss, wenn sich die Schwierigkeiten zu einem Kündigungsgrund verdichtet haben und der Arbeitgeber daher den Ausspruch einer Kündigung beabsichtigt.

Bei der Abmahnung entspricht es der einhelligen Meinung in Rechtsprechung und Literatur, dass vor Ausspruch einer Kündigung ein wiederholt vertragswidriges Verhalten des Arbeitnehmers nicht erneut abgemahnt werden muss, wenn diesem Fehlverhalten bereits mit einer Abmahnung begegnet wurde und der die Kündigung bedingende Wiederholungsfall ein gleichartiges Fehlverhalten darstellt wie das bereits Abgemahte.¹⁷⁷ Überträgt man dies auf die Interventionspflichten nach § 84 SGB IX, könnte die Durchführung eines weiteren Präventionsverfahrens bzw. BEM im Vorfeld der Kündigung entbehrlich sein, wenn die die Kündigung bedingenden Schwierigkeiten dieselbe Ursache haben wie die Schwierigkeiten, die das erste Präventionsverfahren bzw. BEM ausgelöst haben. Hierfür ließe sich anführen, dass die Erfolglosigkeit des ersten Präventionsverfahrens bzw. BEM die Vermutung nahe legt, dass auch ein weiterer Klärungsversuch keinen Erfolg haben wird.

Diese Vermutung erscheint indes nur auf den ersten Blick begründet. Tatsächlich kann von der Erfolglosigkeit eines ersten Präventionsverfahrens bzw. BEM nicht auch auf die Erfolglosigkeit eines weiteren Interventionsverfahrens geschlossen werden, selbst wenn die Schwierigkeiten des Arbeitnehmers dieselbe Ursache haben. Es lässt sich nicht mit Sicherheit beurteilen, ob nicht wegen des zeitlichen Abstands zum ersten Präventionsverfahren bzw. BEM Optionen zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bestehen, die vorher nicht bestanden haben; beispielsweise etwa weil im Betrieb nunmehr ein leidensgerechter Arbeitsplatz frei geworden ist, der zum Zeitpunkt des ersten Verfahrens noch nicht zur Verfügung stand, oder weil sich der Arbeitnehmer angesichts der drohenden Kündigung doch zur

¹⁷⁷ BAG, Urteil vom 27. 2. 1985, 7 AZR 525/83, veröffentlicht bei Juris; BAG, Urteil vom 24. 3. 1988, 2 AZR 680/87, veröffentlicht bei Juris; BAG, Urteil vom 16. 1. 1992, NZA 1992, S. 1023, (1024); Ascheid/Preis/Schmidt/Dörner, KSchR, § 1 KSchG, Rn. 425 ff.; Erfurter Kommentar/Müller-Glöge, § 626 BGB, Rn. 25 ff.; KR/Fischermeier, § 626 BGB, Rn. 281.

Übernahme einer vielleicht vorher abgelehnten geringerwertigen Tätigkeit oder Teilzeitbeschäftigung bereit erklärt.

Daher ist auch bei vermuteter oder tatsächlich nachgewiesener gleicher Ursache für die das Präventionsverfahren bzw. BEM auslösenden Schwierigkeiten sinnvoll und erforderlich, im Vorfeld der Kündigung erneut den von § 84 Abs. 1 SGB IX geforderten Klärungsprozess durchzuführen.

3. § 84 SGB IX im Vorfeld von außerordentlicher Kündigung und Änderungskündigung

Mit der Feststellung, dass Präventionsverfahren und BEM auch unmittelbar vor Ausspruch einer Kündigung durchzuführen sind, verbindet sich die Frage nach der Anwendbarkeit des § 84 SGB IX bei der außerordentlichen Kündigung und der Änderungskündigung. Während aufgrund der begrifflichen Anlehnung an personen-, verhaltens-, und betriebsbedingte Schwierigkeiten aus § 1 Abs. 2 KSchG unbestritten sein dürfte, dass § 84 SGB IX vor Ausspruch einer ordentlichen Beendigungskündigung anwendbar ist,¹⁷⁸ gilt es dies bei der Änderungskündigung und der außerordentlichen Kündigung näher zu untersuchen.

Zweifel ergeben sich für die Änderungskündigung deshalb, weil diese nicht primär auf die Beendigung des Arbeitsverhältnisses gerichtet ist, sondern auf die Fortsetzung desselben bei gleichzeitiger Änderung der bestehenden Arbeitsbedingungen. Bei der außerordentlichen Kündigung begründet der bei dieser Kündigungsform stets geforderte wichtige Grund für die sofortige Beendigung des Arbeitsverhältnisses die Vermutung, ein auf den Erhalt des Arbeitsverhältnisses ausgerichtetes Präventionsverfahren bzw. BEM könne dem Arbeitgeber in dieser Situation nicht mehr zumutbar sein.

a. Die Anwendbarkeit des § 84 SGB IX im Vorfeld der Änderungskündigung

Nach dem Wortlaut des § 84 SGB IX spricht zunächst nichts gegen eine Anwendung der Norm im Vorfeld einer Änderungskündigung. Die Pflicht zur Durchführung eines BEM besteht nach dem ausdrücklichen Wortlaut vielmehr stets bei einer über sechs Wochen andauernden Arbeitsunfähigkeit, unabhängig von der Frage, welche Reaktion des

¹⁷⁸ Brose, RdA 2006, S. 149, (150); Kossens/von der Heide/Maaß/Kossens, SGB IX, § 84, Rn. 3.

Arbeitgebers in diesem Zusammenhang zu erwarten ist. § 84 Abs. 1 SGB IX setzt zwar den Eintritt von Schwierigkeiten voraus, die zu einer Gefährdung des Arbeitsverhältnisses führen können. Nicht ausdrücklich geregelt ist jedoch, worin die Gefährdung für den Bestand des Arbeitsverhältnisses liegen kann. Danach ließe sich auch für das Präventionsverfahren nach § 84 Abs. 1 SGB IX die Anwendbarkeit im Vorfeld einer Änderungskündigung begründen. Denn eine Gefährdung für den Bestand des Arbeitsverhältnisses kann auch in dem Ausspruch einer Änderungskündigung liegen, auch wenn diese vornehmlich auf die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses gerichtet ist. Lehnt nämlich der Arbeitnehmer das Angebot zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter geänderten Bedingungen ab, kann dies ebenfalls zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses führen, sofern der Arbeitnehmer gegen die Änderungskündigung nicht Kündigungsschutzklage erhebt bzw. im Rahmen eines solchen Rechtsstreites unterliegt.¹⁷⁹

Dies wirft die Frage auf, ob sich aus dem Sinn und Zweck von Präventionsverfahren bzw. BEM Gründe ergeben, die gegen eine Pflicht des Arbeitgebers sprechen könnten, die Verfahren auch im Vorfeld der Änderungskündigung durchzuführen.

aa. Präventionsverfahren im Vorfeld der Änderungskündigung

Nach § 84 Abs. 1 SGB IX schaltet der Arbeitgeber bei Eintreten von personen-, verhaltens-, oder betriebsbedingten Schwierigkeiten die Schwerbehindertenvertretung, die in § 93 SGB IX genannten Vertretungen und das Integrationsamt ein. Ziel dabei ist, mit Hilfe des Sachverständes dieser Stellen alle Möglichkeiten und zur Verfügung stehenden Hilfen zur

¹⁷⁹ Mit dieser Argumentation befürworten auch die wenigen Stimmen in der Literatur, die sich mit der vorliegenden Frage befassen, die Anwendbarkeit des § 84 SGB IX im Vorfeld der Änderungskündigung, vgl. *Brose*, RdA 2006, S. 149, (150); *Dau/Düwell/Haines/Düwell*, Sozialgesetzbuch IX, § 84, Rn.12; *Ernst/Adlhoch/Seel*, SGB IX, Band 2, § 84, Rn. 6; *Kossens/von der Heide/Maaß/Kossens*, SGB IX, § 84 SGB IX, Rn. 3 (ohne nähere Begründung); offen gelassen von Bayerischer VGH München, Urteil vom 14. 11. 2006, ZTR 2008, S. 173, (174.); BVerwG, Beschluss vom 29. 8. 2007, br 2007, S. 193, (193); eine Auseinandersetzung mit dieser Frage fehlt bei den Instanzgerichten, vgl. beispielsweise VG Augsburg, Urteil vom 16. 12. 2003, Au 3 K 03.1426, veröffentlicht bei Juris.; VG Frankfurt, Urteil vom 19. 12. 2003, 6 L 123/03, veröffentlicht bei Juris.; VG Göttingen, Urteil vom 22. 6. 2006, 2 A 200/05, veröffentlicht bei Juris.; VG Ansbach, Urteil vom 25. 1. 2007, AN 14 K 06.02739, veröffentlicht bei Juris.

Beratung sowie zur finanziellen Unterstützung zu erörtern,¹⁸⁰ um die das Arbeitsverhältnis gefährdenden Schwierigkeiten zu beseitigen und eine dauerhafte Fortsetzung des Beschäftigungsverhältnisses zu erreichen.¹⁸¹

Entsprechend dieser Zielsetzung ist Gegenstand des Präventionsverfahrens stets die Frage, wie eine Weiterbeschäftigung des schwerbehinderten Arbeitnehmers ermöglicht werden kann. Alle Möglichkeiten zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses sollen fachkundig untersucht und deren technische und wirtschaftliche Realisierbarkeit unter Berücksichtigung der besonderen Pflichten aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX geprüft werden.¹⁸² Da der Arbeitgeber häufig keine hinreichenden Kenntnisse dahingehend hat, wie ein behindertengerechter Arbeitsplatz im Sinne des § 81 Abs. 4 SGB IX geschaffen werden kann, sollen durch den fachkundigen Rat der in § 84 Abs. 1 SGB IX genannten Stellen Möglichkeiten zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses aufgezeigt werden, die der Arbeitgeber ohne diese Beratung möglicherweise nicht erkannt oder vorschnell nicht in Betracht gezogen hätte.¹⁸³

Die Konsultation mit der Schwerbehindertenvertretung, den in § 93 SGB IX genannten Vertretungen und dem Integrationsamt ist aber entbehrlich, wenn der Arbeitgeber bereits selbst einen anderen, angemessenen und zumutbaren Arbeitsplatz zur Weiterbeschäftigung

¹⁸⁰ So auch *Brose*, RdA 2006, S. 149, (149); *Düwell*, FS Küttner, S. 139, (140 ff.).

¹⁸¹ BAG, Urteil vom 4. 10. 2005, DB 2006, S. 902, (904); *Brose*, RdA 2006, S. 149, (149); *Düwell*, FS Küttner, S. 139, (144); *Faber*, Anmerkung zum Urteil des BAG vom 4. 10. 2005, iqpr-Forum B, Diskussionsbeitrag Nr. 10/2006, S. 5, im Internet veröffentlicht unter http://www.iqpr.de/iqpr/seiten/diskussionsforen/forumb/forum-b-de.asp#B10_2006, (letzter Abruf am 12. 10. 2010).

¹⁸² BAG, Urteil vom 4. 10. 2005, DB 2006, S. 902, (904); *Düwell*, FS Küttner, S. 139, (144), der das Verfahren nach § 84 Abs. 1 SGB IX als gesetzlich angeordnete Suche nach Beschäftigungsmöglichkeiten bezeichnet; ähnlich *Faber*, Anmerkung zum Urteil des BAG vom 4. 10. 2005, iqpr-Forum B, Diskussionsbeitrag Nr. 10, S. 5, 6 und Diskussionsbeitrag Nr. 11/2006, S. 1 ff., veröffentlicht im Internet unter http://www.iqpr.de/iqpr/seiten/diskussionsforen/forumb/forum-b-de.asp#B10_2006, (letzter Abruf am 12. 10. 2010).

¹⁸³ So auch das BAG, dass die Auffassung vertritt, das Präventionsverfahren nach § 84 Abs. 1 SGB IX diene gerade dazu, dass der Arbeitgeber sich das ihm fehlende Wissen über die Möglichkeiten einer behinderungsgerechten Arbeitsplatzgestaltung unter Hinzuziehung der am Erörterungsverfahren zu beteiligenden fachkundigen Stellen verschaffen könne, vgl. BAG, Urteil vom 4. 10. 2005, DB 2006, S. 902, (904); ähnlich *Faber* mit Bezug auf das Urteil des BAG vom 4. 10. 2005, der das Präventionsverfahren als funktionales Hilfsverfahren bezeichnet, das dazu diene, die vorhandenen, vielfach aber nur schwer realisierbaren Ansprüche schwerbehinderter Menschen nach § 81 Abs. 4 SGB IX zu effektivieren, vgl. *Faber*, a.a.O. (Fn. 182).

ausgewählt hat, der eine behindertengerechte Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses im Sinne des § 81 Abs. 4 SGB IX gewährleisten würde. Denn dann ist das Ziel des Präventionsverfahrens bereits erreicht. Eine Gefährdung für den Bestand des Arbeitsverhältnisses ist aus Sicht des Arbeitgebers in diesem Fall nicht gegeben. Der Arbeitgeber verfolgt mit der Änderungskündigung in diesem Fall nicht die Beendigung des Arbeitsverhältnisses, sondern die Weiterbeschäftigung unter geänderten Bedingungen.¹⁸⁴ Die Durchführung eines Präventionsverfahrens ist in dieser Situation somit nicht mehr erforderlich.

Dies gilt auch, wenn sich die Weiterbeschäftigungsmöglichkeit nicht auf den bisherigen, sondern auf einen anderen Arbeitsplatz bezieht. § 84 SGB IX kann weder nach seinem Wortlaut noch nach seinem Sinn und Zweck entnommen werden, dass vornehmlich eine Weiterbeschäftigung auf dem bisherigen Arbeitsplatz angestrebt werden soll. Ziel des Präventionsverfahrens ist es, das Arbeitsverhältnis überhaupt fortzusetzen. Auf welche Art und Weise dies geschieht, bleibt der Entscheidung des Arbeitgebers vorbehalten.

Für die Unanwendbarkeit des § 84 Abs. 1 SGB IX im Vorfeld einer Änderungskündigung spricht ferner die Gewichtung, die der Gesetzgeber im Zusammenhang mit dem Zustimmungsverfahren nach § 85 SGB IX vorgenommen hat.¹⁸⁵ Bei diesem Verfahren bestimmt § 89 Abs. 2 SGB IX, dass das Integrationsamt im Regelfall die Zustimmung zu einer Kündigung erteilen soll, wenn dem schwerbehinderten Arbeitnehmer ein anderer, angemessener und zumutbarer Arbeitsplatz gesichert ist, unabhängig davon, ob der schwerbehinderte Arbeitnehmer mit der Zuweisung des anderen Arbeitsplatzes einverstanden ist.¹⁸⁶

Der Gesetzgeber geht danach selbst davon aus, dass bei einer Änderungskündigung der besondere Schutz des schwerbehinderten Arbeitnehmers nicht erforderlich ist, wenn gleichzeitig ein anderer zumutbarer und angemessener Arbeitsplatz zur Verfügung steht. Da sowohl das Präventionsverfahren nach § 84 Abs. 1 SGB IX als auch das Beteiligungsverfahren nach § 85 SGB IX darauf ausgerichtet ist, den

¹⁸⁴ Im Ergebnis so auch der Bayerische VGH München, Urteil vom 14. 11. 2006, ZTR 2008, S. 173, (174); KR/Rost, § 2 KSchG, Rn. 7.

¹⁸⁵ Dieses Argument erwähnt auch die abweichende Literatursicht, vgl. Brose, RdA 2006, S. 149, (150).

¹⁸⁶ Neumann/Pahlen/Majerski-Pahlen/Neumann, SGB IX, § 89, Rn. 27 ff.

schwerbehinderten Arbeitnehmer vor dem Verlust des Arbeitsplatzes zu schützen und seine Beschäftigung zu sichern, kann die in § 89 Abs. 2 SGB IX getroffene Wertung auch auf § 84 Abs. 1 SGB IX übertragen werden.¹⁸⁷

Die Durchführung eines Präventionsverfahrens ist somit im Vorfeld der Änderungskündigung entbehrlich, wenn mit dem Angebot des Arbeitgebers zur Änderung der Arbeitsbedingungen eine angemessene und zumutbare Weiterbeschäftigungsmöglichkeit verbunden ist, die den Anforderungen des § 81 Abs. 4 SGB IX gerecht wird.

bb. BEM im Vorfeld der Änderungskündigung

Abweichend von der festgestellten Entbehrlichkeit des Präventionsverfahrens ist ein BEM im Vorfeld der Änderungskündigung auch dann durchzuführen, wenn eine angemessene und zumutbare Weiterbeschäftigungsmöglichkeit besteht, bei der die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses an sich gewährleistet wäre.

Dies ergibt sich aus der abweichenden Zielsetzung des BEM. Das BEM ist nach dem ausdrücklichen Wortlaut des § 84 Abs. 2 SGB IX darauf ausgerichtet, den bisher innegehabten Arbeitsplatz zu erhalten und nicht nur das Arbeitsverhältnis überhaupt. Gegenstand der Erörterungen im Rahmen des BEM ist also vorrangig, wie eine Weiterbeschäftigung möglichst zu den bisherigen Arbeitsbedingungen erreicht und damit einhergehend auch der Ausspruch einer Änderungskündigung vermieden werden kann. Erst wenn feststeht, dass die Arbeitsunfähigkeit nicht ohne eine Änderung der Arbeitsbedingungen überwunden werden kann, ist zu erörtern, wie eine anderweitige Beschäftigung gestaltet werden könnte.¹⁸⁸

Diese insoweit über die Intention des Präventionsverfahrens hinausgehende Zielsetzung des BEM erklärt sich aus der Orientierung des § 84 Abs. 2 SGB IX am Erhalt der Arbeitsfähigkeit und Gesundheit der Beschäftigten. Ihr liegt die Überlegung zugrunde, dass sich die Arbeitsfähigkeit und Gesundheit in der Regel eher am bisherigen Arbeitsplatz, in

¹⁸⁷ a.A. *Brose*, RdA 2006, S. 149, (150).

¹⁸⁸ So auch *Gagel*, der betont, dass die Erhaltung des bisherigen Arbeitsplatzes im Vordergrund des BEM steht, vgl. *Gagel*, NZA 2004, S. 1359, (1360); in diesem Sinne auch *Kittner/Däubler/Zwanziger/Zwanziger/Deinert*, KSchR, § 84 SGB IX, Rn. 11; a.A. *Düwell*, der davon ausgeht, das BEM sei ebenfalls nur auf den Erhalt des Arbeitsverhältnisses ausgerichtet und im Hinblick auf die Wortwahl in § 84 Abs. 2 SGB IX einen Redaktionsfehler des Gesetzgebers vermutet, vgl. *Dau/Düwell/Haines/Düwell*, Sozialgesetzbuch IX, § 84, Rn. 28.

einem gewohnten Arbeitsumfeld mit vertrauten Arbeitsaufgaben und bekannten Arbeitskollegen wiedererlangen lässt.¹⁸⁹

Dieser Gedanke liegt auch dem Modell der stufenweisen Wiedereingliederung nach § 28 SGB IX zugrunde, der auf das BEM übertragen werden kann. Die stufenweise Wiedereingliederung knüpft wie das BEM ebenfalls vorrangig daran an, durch schrittweise Wiederaufnahme der bisherigen Beschäftigung den Arbeitnehmer wieder in das Erwerbsleben einzugliedern.¹⁹⁰ Auch bei § 28 SGB IX wird davon ausgegangen, dass die Teilhabe am Arbeitsleben wirksamer und dauerhafter zu sichern ist, wenn es gelingt, den Verlust des bisherigen Arbeitsplatzes zu vermeiden und eine Reintegration in das bestehende Arbeitsverhältnis zu bewirken.¹⁹¹

Im Vorfeld einer Änderungskündigung ist somit stets ein BEM durchzuführen, unabhängig davon, ob eine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit zu geänderten Arbeitsbedingungen zur Verfügung stünde.

cc. Zwischenergebnis

Für die Frage der Anwendbarkeit des § 84 SGB IX im Vorfeld einer Änderungskündigung ist zwischen Präventionsverfahren und BEM zu differenzieren: Der Durchführung eines Präventionsverfahrens bedarf es nicht, wenn die Änderungskündigung mit dem Angebot einer zumutbaren und angemessenen Weiterbeschäftigungsmöglichkeit verbunden ist, die den Anforderungen des § 81 Abs. 4 SGB IX an eine fähigkeits- und behindertengerechte Beschäftigung gerecht wird.¹⁹² Ein BEM ist dagegen stets durchzuführen, selbst wenn aus Sicht des Arbeitgebers die

¹⁸⁹ In diesem Sinne auch *Gagel* mit Bezug auf die Bedeutung des Rehabilitationsortes Betrieb, vgl. *Gagel*, NZA 2001, S. 988, (988).

¹⁹⁰ Wie § 84 SGB IX schließt allerdings auch die stufenweise Wiedereingliederung nach § 28 SGB IX nicht aus, den Arbeitnehmer zum Zweck der Wiedereingliederung in das Erwerbsleben auch auf einem anderen Arbeitsplatz als dem bisher Innegehabten einzusetzen; allerdings strebt die stufenweise Wiedereingliederung für den Regelfall vorrangig zunächst die schrittweise Heranführung an die bisherige Tätigkeit an, vgl. *Gagel*, NZA 2001, S. 988, (989).

¹⁹¹ Vgl. *Bihr/Fuchs/Krauskopf/Ritz*, SGB IX, § 28, Rn. 3.

¹⁹² Vgl. zu den Begriffen der *Angemessenheit* und *Zumutbarkeit* der Weiterbeschäftigung sowie zum Begriff der gesicherten Weiterbeschäftigungsmöglichkeit GK-SGB IX/*Lampe*, Band 3, § 89 SGB IX, Rn. 71 ff.; *Kossens/von der Heide/Maaß/Kossens*, SGB IX, § 89 SGB IX, Rn. 21 ff.; *Neumann*, Handbuch SGB IX, § 19, Rn. 219 ff.

Weiterbeschäftigung auf einem anderen Arbeitsplatz unter zumutbaren und angemessenen Arbeitsbedingungen möglich ist. Denn im BEM geht es – anders als im Präventionsverfahren – vornehmlich um den Erhalt des bisherigen Arbeitsplatzes und nicht nur um den Erhalt des Arbeitsverhältnisses überhaupt.

b. Die Anwendbarkeit des § 84 SGB IX im Vorfeld der außerordentlichen Kündigung

Von Bedeutung für den Umfang des durch § 84 SGB IX angestrebten, präventiven Kündigungsschutzes ist ferner, ob Präventionsverfahren und BEM auch im Vorfeld einer außerordentlichen Kündigung durchzuführen sind und damit auch vor dieser Form der Kündigung schützen sollen. In diesem Zusammenhang ergeben sich unterschiedliche Problempunkte, die Zweifel an der Anwendbarkeit der Norm aufkommen lassen.

So ist fraglich, ob sich die zeitaufwendigen Verfahren des § 84 SGB IX damit vereinbaren lassen, dass der Arbeitgeber nach den gesetzlichen Vorgaben innerhalb von zwei Wochen nach Kenntniserlangung von den Kündigungstatsachen die Kündigung aussprechen sowie den Antrag beim Integrationsamt auf Zustimmung zur Kündigung stellen muss. Zudem mag man sich fragen, ob es dem Arbeitgeber zugemutet werden kann, bei Gründen, die schon eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen, ein Verfahren einzuleiten, das auf die Fortsetzung des Beschäftigungsverhältnisses ausgerichtet ist. Diese Fragen gilt es im Folgenden unter Berücksichtigung von Wortlaut, gesetzessystematischem Zusammenhang und den in § 84 SGB IX zum Ausdruck kommenden, verfassungsrechtlichen Wertentscheidungen zu klären.

aa. Anhaltspunkte aus dem Wortlaut des § 84 SGB IX

Der Wortlaut des § 84 SGB IX gibt über die Frage der Anwendbarkeit der Norm bei der außerordentlichen Kündigung keinen Aufschluss.

Aus der wortgetreuen Anlehnung des § 84 Abs. 1 SGB IX an § 1 Abs. 2 KSchG lässt sich nicht schließen, dass Präventionsverfahren und BEM nur vor Ausspruch einer ordentlichen Kündigung durchzuführen sind.¹⁹³ Zum einen lässt sich weder dem Wortlaut des § 84 Abs. 1 SGB IX noch der Gesetzesbegründung entnehmen, dass es sich bei der gewählten Dreiteilung

¹⁹³

a.A. offenbar Kossens/von der Heide/Maaß/Kossens, SGB IX, § 84 SGB IX, Rn. 3.

in personen-, verhaltens- und betriebsbedingte Schwierigkeiten tatsächlich um eine Anlehnung an § 1 Abs. 2 KSchG handelt.¹⁹⁴

Zum anderen können auch bei außerordentlichen Kündigungen personen-, verhaltens- oder betriebsbedingte Schwierigkeiten einen wichtigen Grund für die sofortige Beendigung des Arbeitsverhältnisses bilden, auch wenn die Regelung des § 626 BGB dies nicht ausdrücklich festlegt. Zur Systematisierung des wichtigen Grundes im Rahmen des § 626 BGB lässt sich ebenfalls zwischen Gründen unterscheiden, die in der Person des Arbeitnehmers oder seinem Verhalten liegen und solchen, die in der betrieblichen Sphäre liegen.¹⁹⁵

Auch der Begriff der Gefährdung des Arbeitsverhältnisses, an den § 84 Abs. 1 SGB IX anknüpft, gibt keinen Hinweis darauf, dass Situationen, in denen der Arbeitgeber eine außerordentliche Kündigung in Betracht ziehen kann, nicht vom Anwendungsbereich der Norm erfasst werden sollen.¹⁹⁶ Gleiches gilt für den Wortlaut des § 84 Abs. 2 SGB IX, der mit der Anknüpfung an die sechs Wochen überdauernde Arbeitsunfähigkeit zwar den frühestmöglichen Interventionszeitpunkt festlegt, ein späteres Einschreiten des Arbeitgebers aber nicht ausschließt.

bb. Gesetzssystematischer Zusammenhang mit §§ 102 BetrVG, 85 SGB IX

Möglicherweise lässt sich aus dem gesetzssystematischen Zusammenhang mit den sonstigen, einer arbeitgeberseitigen Kündigung vorzuschaltenden Verfahren die Anwendung des § 84 SGB IX im Vorfeld der außerordentlichen Kündigung begründen.

Sowohl das Anhörungsverfahren nach § 102 BetrVG als auch das Zustimmungsverfahren nach § 85 SGB IX sind vor Ausspruch einer außerordent-

¹⁹⁴ Vgl. die Begründung des Gesetzesentwurfs zur Einführung des Präventionsverfahrens in das Schwerbehindertenrecht im Jahr 2000, BT-DS 14/3372, S. 16, S. 19, sowie die Begründungen zur Gesetzesnovellierung vom 16. 1. 2001 und 21. 10. 2003, BT-DS 14/5074, S. 113 und BT-DS 15/1783, S. 12.

¹⁹⁵ So die ganz h.M. in der Literatur, vgl. KR/*Fischermeier*, § 626 BGB, Rn. 128 ff.; MüArbR/*Wank*, Band 1, § 98, Rn. 50; *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts, S. 476 ff.; nach zutreffender Ansicht von *Preis* gibt es keinen außerordentlichen Kündigungsgrund, der nicht als ordentlicher Kündigungsgrund denkbar wäre, vgl. *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts, S. 476.

¹⁹⁶ So *Brose*, RdA 2006, S. 149, (150).

lichen Kündigung durchzuführen.¹⁹⁷ Hieraus könnte man ggf. Rückschlüsse für § 84 SGB IX ziehen. So könnte man argumentieren, dass die gesetzgeberische Grundentscheidung, die in den §§ 102 BetrVG, 85 SGB IX zum Ausdruck kommt, um so mehr im Rahmen des § 84 SGB IX zur Geltung gelangen muss, weil dieser eine besondere Schutzbestimmung zugunsten schwerbehinderter Arbeitnehmer enthält.¹⁹⁸

Dieser Rückschluss aus der Anwendbarkeit der §§ 102 BetrVG, 85 SGB IX im Vorfeld der außerordentlichen Kündigung kann indes nicht gezogen werden. Dies würde den Unterschied, der zwischen den genannten Normen und § 84 SGB IX besteht, negieren. Bei dem Anhörungsverfahren vor dem Betriebsrat und dem Zustimmungsverfahren vor dem Integrationsamt handelt es sich um formelle Wirksamkeitsvoraussetzungen einer Kündigung. Als solches führt ihre Nichtbeachtung unmittelbar zur Unwirksamkeit einer arbeitgeberseitigen Kündigung, ohne dass es auf die Umstände des Einzelfalles ankäme.¹⁹⁹ Mit Bezug auf das Anhörungsverfahren vor dem Betriebsrat wird diese Unwirksamkeitsfolge ausdrücklich in § 102 Abs. 1 Satz 2 BetrVG geregelt (*„Eine ohne Anhörung des Betriebsrats ausgesprochene Kündigung ist unwirksam.“*). Aber auch der Wortlaut des § 85 SGB IX lässt, auf diese Unwirksamkeitsfolge schließen, indem er ausdrücklich ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt aufstellt (*„Die Kündigung (...) bedarf der vorherigen Zustimmung des Integrationsamtes.“*).²⁰⁰

§ 84 SGB IX kann dagegen keine derartige Unwirksamkeitsfolge entnommen werden. Anders als die §§ 102 BetrVG, 85 SGB IX enthält § 84 SGB IX keinen Hinweis auf die Rechtsfolgen einer Missachtung der Norm und bezieht sich auch nicht ausdrücklich auf Kündigungen. Die systematische Stellung des § 84 SGB IX verbietet es zudem, der Norm eine derartige unmittelbare Unwirksamkeitsfolge in Bezug auf Kündigungen zuzusprechen. So stehen § 84 SGB IX und § 85 SGB IX im zweiten Teil des SGB IX zwar in einem unmittelbaren Zusammenhang. Gleichwohl sind die Vorschriften unterschiedlichen Kapiteln zugeordnet. Der Gesetzgeber hat § 84 SGB IX nicht dem Kapitel des § 85 SGB IX über Sonderkündigungsschutz unterstellt, sondern dem Kapitel *„Sonstige Pflichten der Ar-*

¹⁹⁷ Vgl. zu § 85 SGB IX Kossens/von der Heide/Maaß/Kossens, SGB IX, § 85 SGB IX, Rn. 17; zu § 102 BetrVG KR/Etzel, § 102 BetrVG, Rn. 28.

¹⁹⁸ So Brose, RdA 2006, S. 149, (150) mit Bezug auf § 84 Abs. 1 SGB IX.

¹⁹⁹ Vgl. Zu § 102 BetrVG: KR/Etzel, § 102 BetrVG, Rn. 106; zu § 85 SGB IX: Neumann/Pahlen/Majerski-Pahlen/Neumann, SGB IX, § 85, Rn. 1.

²⁰⁰ GK-SGB IX/Lampe, Band 3, § 85 SGB IX, Rn. 2.

beitgeber; Rechte der schwerbehinderten Menschen“. Zu Recht stuft daher auch das BAG § 84 SGB IX – unabhängig von dessen mittelbaren Auswirkungen auf die Wirksamkeit einer Kündigung – mangels Anordnung einer unmittelbaren Unwirksamkeitsfolge nicht als formelle Wirksamkeitsvoraussetzung für die Kündigung eines schwerbehinderten Arbeitnehmers ein.²⁰¹

Aus diesem Grund verbietet es sich, die Regelungen der §§ 102 BetrVG, 85 SGB IX mit § 84 SGB IX in einen gleichrangigen systematischen Zusammenhang zu bringen. Vielmehr stehen die genannten Vorschriften in einem Stufenverhältnis, bei dem das Zustimmungsverfahren vor dem Integrationsamt und das Anhörungsverfahren des Betriebsrates eine schärfere, weil unmittelbarere Einschränkung der Gestaltungsfreiheit des Arbeitgebers bei der Beendigung von Arbeitsverhältnissen Schwerbehinderter bewirken als das Präventionsverfahren bzw. BEM.

Daher wäre es im Ergebnis gerechtfertigt, für die Frage der Anwendbarkeit bei außerordentlichen Kündigungen bei § 84 SGB IX eine von den §§ 102 BetrVG, 85 SGB IX abweichende Wertung vorzunehmen. § 84 SGB IX auch im Vorfeld von außerordentlichen Kündigungen für anwendbar zu halten, lässt sich daher nicht zwingend aus den Wertungen der §§ 102 BetrVG, 85 SGB IX folgern.

cc. Unvereinbarkeit mit der 2-Wochen-Frist nach § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB und § 91 Abs. 2 Satz 1 SGB IX

Gegen die Anwendbarkeit des § 84 SGB IX im Vorfeld der außerordentlichen Kündigung könnten allerdings, wie eingangs bereits erwähnt, die kurzen 2-Wochen-Fristen der §§ 626 Abs. 2 Satz 1 BGB, 91 Abs. 2 Satz 1 SGB IX sprechen.²⁰²

Nach den genannten Vorschriften kann der Arbeitgeber eine außerordentliche Kündigung nur innerhalb von zwei Wochen aussprechen bzw. den Antrag auf Zustimmung beim Integrationsamt nur innerhalb von zwei Wochen stellen, nachdem er von den für die Kündigung maßgebenden Tatsa-

²⁰¹ Vgl. mit Bezug auf § 84 Abs. 1 SGB IX: BAG, Urteil vom 7. 12. 2006, DB 2007, S. 1089, (1090); BAG, Urteil vom 28. 6. 2007, NZA 2007, S. 1049, (1053).

²⁰² So die überwiegende Ansicht in der Literatur, vgl. *Ernst/Adlhoch/Seel*, SGB IX, Band 2, § 84, Rn. 20; *Gröninger/Thomas*, SchwbG, § 14 c, Rn. 2; in diesem Sinne wohl auch *Kohte*, der das Verfahren bei Vorliegen eines wichtigen Grundes weder als geboten noch als praktikabel bezeichnet, vgl. *Kohte*, Gesundheitliche Prävention im Sozialrecht, S. 107, (117).

chen Kenntnis erlangt hat.²⁰³ Diese kurze Zeitspanne könnte es verbieten, dem Arbeitgeber noch vor Ausspruch der Kündigung die Durchführung eines wegen der Beteiligung mehrerer Funktionsträger natur-gemäß zeit-aufwendigen Präventionsverfahrens bzw. BEM aufzuerlegen.²⁰⁴

Diese Überlegung verkennt jedoch, dass es durchaus Fälle gibt, in denen die außerordentliche Kündigung nicht auf ein einmaliges Ereignis gestützt wird, sondern auf sogenannte Dauertatbestände. Bei diesen Dauertatbeständen wird ein Vorfall als letztes Glied in der Kette mehrerer Ereignisse vom Arbeitgeber zum Anlass genommen, das Arbeitsverhältnis fristlos zu kündigen.²⁰⁵ Als Beispiel sei etwa der Fall eines Arbeitnehmers genannt, der über mehrere Monate wiederholt unentschuldig fehlt bzw. zu spät kommt oder Weisungen seines Arbeitgebers missachtet, bis dies ein Maß erreicht, das dem Arbeitgeber das Festhalten am Arbeitsverhältnis schließlich unzumutbar macht.²⁰⁶ Bei derartigen Dauertatbeständen fallen – anders als bei einem einmaligen Ereignis – der Anlass für die außerordentliche Kündigung und für die Durchführung eines Präventionsverfahrens bzw. BEM nicht zwingend auf ein und denselben Zeitpunkt. In der Regel ist es vielmehr so, dass das Arbeitsverhältnis, noch bevor es zum Kündigungsentschluss des Arbeitgebers kommt, schon über einen längeren Zeitraum durch kündigungsrelevante Schwierigkeiten belastet ist, von denen der Arbeitgeber auch Kenntnis hat. Hier gebietet § 84 SGB IX dem Arbeitgeber, noch im Vorfeld des eigentlichen Kündigungsentschlusses einzugreifen, um durch rechtzeitige Intervention ein Heranwachsen der Schwie-

²⁰³ Nach der Rechtsprechung des BAG stehen die genannten Fristen unabhängig nebeneinander, die Frist zum Ausspruch der Kündigung wird nicht etwa durch den rechtzeitigen Antrag auf Zustimmung zur Kündigung beim Integrationsamt unbeachtlich; lediglich wenn das Integrationsamt die Zustimmung zur beabsichtigten Kündigung erst nach Ablauf der Frist aus § 626 Abs. 2 BGB erteilt, ist gemäß § 91 Abs. 5 SGB IX auch nach Ablauf dieser Frist der Ausspruch einer Kündigung durch den Arbeitgeber noch möglich, sofern er unverzüglich nach Erteilung der Zustimmung erfolgt; dies soll dem Umstand Rechnung tragen, dass es dem Arbeitgeber wegen des vorgeschalteten Zustimmungsverfahrens beim Integrationsamt in der Regel gar nicht möglich ist, unter Wahrung der Frist des § 626 Abs. 2 BGB die Kündigung auszusprechen, vgl. BAG, Urteil vom 2. 3. 2006, NZA 2006, S. 1211, (1212 ff.); *Joussen*, DB 2002, S. 2162, (2163 ff.); a.A. noch BAG, Beschluss vom 22. 1. 1987, BAGE 55, S. 9, (11 ff.); *Müller-Wenner/Schorn*, SGB IX, Teil 2, § 91, Rn. 6.

²⁰⁴ *Ernst/Adlhoch/Seel*, SGB IX, Band 2, § 84, Rn. 20; *Gröninger/Thomas*, SchwbG, § 14 c, Rn. 2.

²⁰⁵ *KR/Fischermeier*, § 626 BGB, Rn. 323 ff.

²⁰⁶ *KR/Fischermeier*, § 626 BGB, Rn. 323 ff.

rigkeiten zu einem außerordentlichen Kündigungsgrund zu vermeiden.²⁰⁷

Bei einer Intervention noch im Vorfeld des Kündigungs-entschlusses sind die 2-Wochen-Fristen nach § 626 BGB und § 91 SGB IX aber noch ohne Relevanz, weil ein wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung noch gar nicht vorliegt, sondern allenfalls absehbar ist. Dem im Vorfeld der außerordentlichen Kündigung durchzuführenden Präventionsverfahren bzw. BEM stehen die genannten Fristen daher nicht entgegen. Eine Unvereinbarkeit des zeitaufwendigen Präventionsverfahrens bzw. BEM mit den Fristen der §§ 626 BGB, 91 SGB IX lässt sich in den Fällen sogenannter Dauertatbestände also nicht feststellen.²⁰⁸

Aber auch in den Fällen, bei denen der Anlass zur Kündigung und zur Durchführung des Präventionsverfahrens bzw. BEM auf den gleichen Zeitpunkt fallen, führen die in § 626 BGB und § 91 SGB IX normierten 2-Wochen-Fristen nicht zu einem Zeitdruck, der die Durchführung des Präventionsverfahrens bzw. BEM verbietet.²⁰⁹

Sowohl § 626 Abs. 2 Satz 2 BGB als auch § 91 Abs. 2 Satz 2 SGB IX bestimmen, dass die Frist für den Ausspruch der Kündigung bzw. für die Antragsstellung beim Integrationsamt erst dann zu laufen beginnt, wenn der Arbeitgeber von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen *Kenntnis erlangt*. Das ist nach einhelliger Auffassung in Rechtsprechung und Literatur der Fall, sobald der Arbeitgeber eine zuverlässige und möglichst vollständige Kenntnis vom Kündigungssachverhalt hat, die ihm ermöglicht zu entscheiden, ob die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zumutbar ist oder nicht.²¹⁰ Dabei muss der Arbeitgeber alles in Erfahrung

²⁰⁷ So auch Neumann/Pahlen/Majerski-Pahlen/Neumann, SGB IX, § 84, Rn. 4.

²⁰⁸ Dahingehend auch Neumann/Pahlen/Majerski-Pahlen/Neumann, a.a.O. (Fn. 207).

²⁰⁹ Gemeint sind hier z. B. Fälle, in denen die Kündigung auf ein einmaliges schwerwiegendes Ereignis gestützt wird bzw. der Arbeitgeber von einem Dauertatbestand erst zu einem Zeitpunkt Kenntnis erlangt, in dem die Vertragsstörung bereits so gravierend ist, dass sie an sich zu einer fristlosen Kündigung des Arbeitsverhältnisses berechtigt; die Problematik der Fristen kann sich zudem auch bei Dauertatbeständen ergeben, bei denen der Arbeitgeber zwar in der Anfangsphase bereits ein Präventionsverfahren durchgeführt hat, dieses aber erfolglos geblieben ist, und sich nun vor Ausspruch der Kündigung erneut die Frage stellt, ob ein Präventionsverfahren durchgeführt werden muss.

²¹⁰ BAG, Urteil vom 28. 10. 1971, BAGE 23, S. 475, (480 ff.); BAG, Urteil vom 12. 2. 1973, DB 1973, S. 1258, (1258, 1259); BAG, Urteil vom 5. 12. 2002, DB 2003, S. 1685, (1685 ff.); BAG, Urteil vom 17. 3. 2005, NZA 2006, S. 101, (103); BAG, Urteil vom 2. 2. 2006, NZA-RR 2006, S. 440, (440, 441 ff.); BAG, Urteil vom 2. 3. 2006, NZA 2006, S. 1211, (1211, 1214); LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 27. 5.

bringen, was als Grundlage für die Entscheidung über den Fortbestand oder die Auflösung des Arbeitsverhältnisses notwendig ist.²¹¹

Für diese Kenntnis des Kündigungssachverhaltes im Sinne der §§ 626 Abs. 2 Satz 2 BGB, 91 Abs. 2 Satz 2 SGB IX genügt nicht allein die Kenntnis des konkreten, die Kündigung auslösenden Vorfalles, der einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung darstellen soll. Auch die Kenntnis solcher Aspekte ist erforderlich, die dem Arbeitgeber eine Gesamtwürdigung nach Zumutbarkeitsgesichtspunkten möglich machen.²¹²

Zu den für die Kündigungsentscheidung maßgebenden Tatsachen gehört daher auch die Frage, ob die Beeinträchtigungen des Arbeitsverhältnisses auch in Zukunft zu erwarten sind und daher die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers nicht mehr zumutbar ist, oder ob unter geänderten Arbeitsbedingungen eine ungestörte Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses möglich wäre. Dies ist keine rechtliche Wertungsfrage, die nach der Rechtsprechung nicht zu den für die Kündigungsentscheidung maßgeblichen Tatsachen gehört.²¹³ Vielmehr handelt es sich um eine zu prognostizierende Tatsachenfrage, bei der es darum geht, ob der Arbeitnehmer weiterbeschäftigt werden kann, ohne dass es erneut zu Störungen des Vertragsverhältnisses kommt. Erst nach Beantwortung dieser Tatsachenfrage kann der Arbeitgeber die rechtliche Wertung vornehmen, ob unter den gegebenen Bedingungen ihm eine Weiterbeschäftigung zumutbar erscheint oder nicht.

Bei einem schwerbehinderten Arbeitnehmer kann die Frage, ob die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zumutbar ist, nur dann zuverlässig beantwortet werden, wenn feststeht, dass auch nach Ausschöpfung der Möglichkeiten des Rehabilitationsrechts und der möglichen Förderleistungen des Integrationsamtes eine unbeeinträchtigte Weiterbeschäftigung nicht möglich ist. Um eine entsprechende Prognoseentscheidung zuverlässig treffen zu können, ist der Arbeitgeber in der Regel auf den Rat fachkundiger Stel-

2004, LAG Report 2005, S. 40, (40 ff.); Ascheid/Preis/Schmidt/Dörner, KSchR, § 626 BGB, Rn. 361; Erfurter Kommentar/Müller-Glöge, § 626 BGB, Rn. 209; GK-SGB IX/Lampe, Band 3, § 91 SGB IX, Rn. 22; Kittner/Däubler/Zwanziger/Zwanziger/Däubler, KSchR, § 626 BGB, Rn. 203, 208 ff.; KR/Fischermeier, § 626 BGB, Rn. 319; Müller-Wenner/Schorn, SGB IX, Teil 2, § 91, Rn. 7.

²¹¹ BGH, Urteil vom 26. 2. 1996, DB 1996, S. 1030, (1030); Ascheid/Preis/Schmidt/Dörner, KSchR, § 626 BGB, Rn. 125.

²¹² BAG, Urteil vom 17. 3. 2005, NZA 2006, S. 101, (103); Ascheid/Preis/Schmidt/Dörner, a.a.O. (Fn. 211), m. w. Nw.

²¹³ Vgl. LAG Hamm, Urteil vom 1. 10. 1998, MDR 1999, S. 683, (684).

len angewiesen, die beurteilen können, ob überhaupt und mit welchen Leistungen des Rehabilitationsrechts bzw. des Integrationsamtes eine ungestörte Weiterbeschäftigung des schwer-behinderten Arbeitnehmers möglich ist. Die notwendige Beratung wird dem Arbeitgeber im Rahmen des Präventionsverfahrens bzw. BEM geboten. Beide Verfahren haben gerade zum Ziel zu prüfen, ob Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten für den schwer-behinderten Arbeitnehmer bestehen, die eine ungestörte Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses ermöglichen.²¹⁴

Dies hat folgende Konsequenz: Erst wenn nach Durchführung eines Präventionsverfahrens bzw. BEM feststeht, dass auch unter geänderten Arbeitsbedingungen, ggf. nach behindertengerechter Umgestaltung des Arbeitsplatzes oder nach Vornahme sonstiger Maßnahmen des SGB IX, eine beeinträchtigungsfreie Weiterbeschäftigung des schwerbehinderten Arbeitnehmers nicht möglich sein wird, hat der Arbeitgeber die nach § 626 Abs. 2 Satz 2 BGB bzw. § 91 Abs. 2 Satz 2 SGB IX erforderliche zuverlässige Kenntnis von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen. Erst dann wird ihm – berücksichtigt man die Funktion des Präventionsverfahrens bzw. BEM – die Entscheidung möglich sein, ob die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zumutbar ist oder nicht.

Solange der Arbeitgeber also ein Präventionsverfahren oder BEM durchführt, ist der Beginn der Ausschlussfristen der §§ 626 BGB, 91 SGB IX gehemmt. Erst nach Abschluss des Präventionsverfahrens bzw. BEM beginnt die zweiwöchige Frist, innerhalb derer der Arbeitgeber den Antrag auf Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung beim Integrationsamt stellen und die Kündigung aussprechen muss.²¹⁵

Für diese Wertung spricht, dass nach allgemeiner Ansicht schon bei der Beschäftigung eines nicht behinderten Arbeitnehmers dem Arbeitgeber zugebilligt wird, die für und gegen den Arbeitnehmer sprechenden Gesichtspunkte zu ermitteln und den Arbeitnehmer anzuhören, um zuverlässig feststellen zu können, ob eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zumut-

²¹⁴ Vgl. die Ausführungen unter: Zweiter Teil, B., II., 1.

²¹⁵ Regelmäßig wird es dem Arbeitgeber wegen des obligatorischen Zustimmungsverfahrens nach § 85 SGB IX allerdings zeitlich nicht gelingen, auch die Kündigung innerhalb von zwei Wochen nach Abschluss des Präventionsverfahrens auszusprechen; das ist aber nach § 91 Abs. 5 SGB IX unschädlich, sofern die Kündigung unverzüglich nach Erteilung der Zustimmung erklärt wird, vgl. hierzu auch BAG, Urteil vom 13. 5. 2004, ZTR 2005, S. 163, (164 ff.).

bar ist oder nicht.²¹⁶ Auch hier wird der Beginn der Ausschlussfrist des § 626 BGB gehemmt, solange der Arbeitgeber die zur Aufklärung des Sachverhalts nach pflichtgemäßem Ermessen notwendig erscheinenden Maßnahmen durchführt.²¹⁷ Dann muss bei einem schwerbehinderten Arbeitnehmer, berücksichtigt man die besonderen Pflichten des Arbeitgebers aus § 81 und § 84 SGB IX, die Durchführung eines Präventionsverfahrens bzw. BEM den Beginn der genannten Ausschlussfristen hemmen.

Dem steht auch nicht entgegen, dass es sich bei der Ausschlussfrist nach § 626 Abs. 2 BGB um einen konkretisierten Verwirkungstatbestand handelt, bei dem nach Ablauf der 2-Wochen-Frist das Recht zur außerordentlichen Kündigung entfällt.²¹⁸ Denn bei Durchführung eines Präventionsverfahrens bzw. BEM bleibt der Arbeitgeber, wie bei einer Anhörung des Arbeitnehmers, nicht untätig, erweckt also nicht den Eindruck, er werde aus den aufgetretenen Schwierigkeiten keine Konsequenzen ziehen. Ein Vertrauenstatbestand für den Arbeitnehmer, der den Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung als unzumutbar erscheinen ließe und daher zur Verwirkung des Kündigungsrechts führt, entsteht also nicht. Dies gilt jedenfalls dann, wenn das Präventionsverfahren bzw. BEM zügig nach Kenntnis der das Verfahren bedingenden Schwierigkeiten eingeleitet und durchgeführt wird.²¹⁹

Wenn aber durch das Präventionsverfahren bzw. BEM der Beginn der Ausschlussfristen gehemmt wird, kann durch sie auch kein Zeitdruck begründet werden, der die Durchführung der Verfahren vor Ausspruch einer außeror-

²¹⁶ BAG, Urteil vom 12. 2. 1973, DB 1973, S. 1258, (1259); BAG, Urteil vom 17. 3. 2005, NZA 2006, S. 101, (103); BAG, Urteil vom 2. 2. 2006, NZA-RR 2006, S. 440, (440, 441 ff.); BAG, Urteil vom 2. 3. 2006, NZA 2006, S. 1211, (1214); Kittner/Däubler/Zwanziger/Zwanziger/Däubler, KSchR, § 626 BGB, Rn. 208 ff.; Erfurter Kommentar/Müller-Glöge, § 626 BGB, Rn. 210, 211; KR/Fischermeier, § 626 BGB, Rn. 330.

²¹⁷ BAG, Urteil vom 17. 3. 2005, NZA 2006, S. 101, (101 ff.); Erfurter Kommentar/Müller-Glöge, § 626 BGB, Rn. 210, 211; KR/Fischermeier, § 626 BGB, Rn. 330.

²¹⁸ Vgl. BAG, a.a.O. (Fn. 217), S. 101, (103).

²¹⁹ Zur Anhörung des Arbeitnehmers vertritt das BAG die Auffassung, dass die Anhörung im Allgemeinen innerhalb einer Woche nach Kenntnis vom Kündigungssachverhalt durchgeführt werden muss, vgl. BAG, Urteil vom 2. 3. 2006, NZA 2006, S. 1211, (1214); auf das Präventionsverfahren kann dies nur insoweit übertragen werden, als dass dem Arbeitgeber aufzugeben ist, das Präventionsverfahren innerhalb dieser Frist einzuleiten, also die jeweiligen Stellen innerhalb einer Woche einzuschalten und von dem Kündigungssachverhalt in Kenntnis zu setzen; zum Erfordernis der zügigen Ermittlungen auch KR/Fischermeier, § 626 BGB, Rn. 330, 331.

dentlichen Kündigung als mit den Ausschlussfristen unvereinbar erscheinen ließe.

Im Ergebnis geht damit die Argumentation gegen die Anwendbarkeit des § 84 SGB IX im Vorfeld einer außerordentlichen Kündigung im Hinblick auf die Ausschlussfristen des § 626 Abs. 2 Satz 2 BGB bzw. § 91 Abs. 2 Satz 2 SGB IX auch in den Fällen ins Leere, in denen der Anlass der Kündigung und der Anlass zur Durchführung eines Präventionsverfahrens bzw. BEM auf ein und denselben Zeitpunkt fallen.

dd. Übermäßige Beeinträchtigung der arbeitgeberseitigen Gestaltungsfreiheit

Stehen im Ergebnis damit auch die 2-Wochen-Fristen nach §§ 626 Abs. 2 Satz 2 BGB bzw. § 91 Abs. 2 Satz 2 SGB IX der Anwendung des § 84 SGB IX im Vorfeld der außerordentlichen Kündigung nicht entgegen, ist fraglich, ob dieses Ergebnis mit der verfassungsrechtlich geschützten unternehmerischen Gestaltungsfreiheit des Arbeitgebers bei der Beendigung von Arbeitsverhältnissen in Einklang zu bringen ist.²²⁰ Wäre dies zu verneinen, müsste ggfs. § 84 SGB IX verfassungskonform einschränkend dahingehend ausgelegt werden, dass im Vorfeld einer außerordentlichen Kündigung eine Intervention im Sinne der Norm entbehrlich ist.²²¹

(1) Die in § 84 SGB IX in Ausgleich zu bringenden Grundrechtspositionen

Im Rahmen des § 84 SGB IX stehen sich das Interesse des Arbeitnehmers am Erhalt seines Arbeitsplatzes und das Interesse des Arbeitgebers an der

²²⁰ Zum verfassungsrechtlichen Hintergrund des Schwerbehindertenrechts, insbesondere der kündigungrechtlichen Bestimmungen der §§ 85 ff. SGB IX vgl. GK-SGB IX/Lampe, Band 3, § 85 SGB IX, Rn. 33 ff.

²²¹ Nach dem vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Grundsatz der verfassungskonformen Auslegung muss sich ein Auslegungsergebnis auch an den verfassungsrechtlichen Grundentscheidungen, die in einem Gesetz zum Ausdruck kommen, messen lassen; nach diesem ist, wenn nach dem Wortlaut der Norm und der Entstehungsgeschichte sowie nach den sonstigen Auslegungskriterien mehrere Auslegungsergebnisse einer Vorschrift möglich sind, dasjenige Auslegungsergebnis heranzuziehen, das den zugrundeliegenden Wertmaßstäben der Verfassung am besten entspricht; zur verfassungskonformen Auslegung vgl. BVerfG, Beschluss vom 27. 1. 1998, NZA 1998, S. 470, (471 ff.), zu § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG; Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 159 ff.; Müller, Juristische Methodik, S. 90 ff.; Rütters, Rechtstheorie, § 22, Rn. 763 ff.

jederzeitigen Beendigungsmöglichkeit des Arbeitsverhältnisses als kollidierende verfassungsrechtlich geschützte Grundrechtspositionen gegenüber.²²² Dies ergibt sich daraus, dass Präventionsverfahren und BEM, wie die Bestimmungen des Kündigungsschutzes zugunsten Schwerbehinderter, darauf ausgerichtet sind, schwerbehinderten Arbeitnehmern den Arbeitsplatz zu erhalten, also dem arbeitsrechtlichen Bestandsschutz im weitesten Sinne zugerechnet werden können.²²³ Denn im Interesse des schwerbehinderten Arbeitnehmers wird die Gestaltungsfreiheit des Arbeitgebers bei der Beendigung von Arbeitsverhältnissen nicht nur durch die kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften eingeschränkt, sondern auch durch die Pflicht zur Durchführung eines Präventionsverfahrens bzw. BEM.²²⁴

Es fragt sich daher, ob eine uneingeschränkte Anwendung des Präventionsverfahrens bzw. des BEM im Vorfeld außerordentlicher Kündigungen nicht eine übermäßige und damit verfassungswidrige Einschränkung der arbeitgeberseitigen Grundrechtspositionen bedeuten würde. Dies könnte sich aus der verfassungsrechtlichen Wertentscheidung ergeben, die der Gesetzgeber im Rahmen des § 626 Abs. 1 BGB für die außerordentliche Kündigung getroffen hat. § 626 Abs. 1 BGB bringt nämlich die widerstreitenden Grundrechtspositionen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer in einen angemessenen Ausgleich.²²⁵ Die Vorschrift liefert daher möglicherweise ein

²²² Das Interesse des schwerbehinderten Arbeitnehmers am Erhalt seines Arbeitsplatzes wird durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 1 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 1 GG, das Grundrecht auf Berufswahlfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG, das Benachteiligungsverbot aus Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG sowie durch das Sozialstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 1 GG und Art. 28 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich geschützt; das Interesse des Arbeitgebers an einer uneingeschränkten unternehmerischen Gestaltungsfreiheit im Zusammenhang mit der Beendigung von Arbeitsverhältnissen ist verfassungsrechtlich in Art. 2 Abs. 1 GG, Art. 12 Abs. 1 GG und in Art. 14 GG verankert, vgl. KR/*Griebeling*, § 1 KSchG, Rn. 15 ff.

²²³ Vgl. zu den Zielsetzungen des Präventionsverfahrens und des BEM schon die Ausführungen unter: Zweiter Teil, C., II., 1.

²²⁴ Es handelt sich bei § 84 SGB IX um eine privatrechtliche Regelung, die im Interesse der schwerbehinderten Arbeitnehmer die unternehmerische Gestaltungsfreiheit des Arbeitgebers einschränkt. Bei derartigen Regelungen stellt sich für den Gesetzgeber stets das Problem praktischer Konkordanz, das heißt, die kollidierenden Grundrechtspositionen sind in ihrer Wechselwirkung zu erfassen und so zu begrenzen, dass sie für alle Beteiligten möglichst weitgehend wirksam werden, vgl. BVerfG, Beschluss vom 27. 1. 1998, NZA 1998, S. 470, (471), zur Verfassungsmäßigkeit der das Kündigungsschutzgesetz einschränkenden Regelung des § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG.

²²⁵ Vgl. BVerfG, Urteil vom 24. 4. 1991, NJW 1991, S. 1667, (1667) und BVerfG, Beschluss vom 21. 2. 1995, MDR 1995, S. 721, (721), wonach die geltenden

Indiz dafür, welche Regelungen des arbeitsrechtlichen Bestandsschutzes zum einen den grundrechtlichen Schutzpflichten des Gesetzgebers gegenüber den schwerbehinderten Arbeitnehmern genügen, zum anderen aber auch in praktischer Konkordanz zu den Grundrechten des Arbeitgebers stehen.

(2) Die verfassungsrechtliche Wertung aus § 626 BGB

Nach § 626 BGB ist eine außerordentliche Kündigung zulässig, wenn Tatsachen vorliegen, auf Grund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist nicht mehr zugemutet werden kann.²²⁶ Bei Vorliegen derartiger Umstände wird das Interesse des Arbeitgebers an der Auflösung des Arbeitsverhältnisses als vorrangig betrachtet. Der Gesetzgeber erlaubt dem Arbeitgeber zur Wahrung seiner Interessen das Arbeitsverhältnis ohne Berücksichtigung der ordentlichen Kündigungsfristen zu beenden. Dies gilt ausnahmslos auch für die Beendigung von Arbeitsverhältnissen Schwerbehinderter. Die außerordentliche Kündigung ist auch bei dieser Personengruppe grundsätzlich möglich, selbst dann, wenn die kündigungsrelevanten Schwierigkeiten auf die Behinderung zurückzuführen sind.²²⁷

Kündigungsschutzvorschriften der aus Art. 12 Abs. 1 GG folgenden Schutzpflicht gegenüber der Arbeitsplatzwahlfreiheit des Arbeitnehmers hinreichend Rechnung tragen.

²²⁶ Diese in § 626 Abs. 1 BGB gewählte Formulierung umschreibt das Erfordernis eines wichtigen Grundes für die sofortige Beendigung des Arbeitsverhältnisses sowie das Erfordernis einer Interessenabwägung, die zugunsten des Arbeitgebers ausfallen muss, vgl. *Ascheid/Preis/Schmidt/Dörner*, KSchR, § 626 BGB, Rn. 21 ff.

²²⁷ In Fällen, in denen die Kündigung des Arbeitsverhältnisses auf Gründe gestützt wird, die in der Behinderung selbst ihre Ursache haben, gewinnt der Schwerbehindertenschutz allerdings im Rahmen des § 626 BGB an Gewicht; in diesen Fällen werden im Rahmen der bei § 626 BGB vorzunehmenden Interessenabwägung an die Zumutbarkeitsgrenze für den Arbeitgeber besonders hohe Anforderungen gestellt, vgl. *Lepke*, Kündigung bei Krankheit, S. 479, 480, Rn. 427; weitergehend das BAG, das die Schwerbehinderteneigenschaft stets im Rahmen der Interessenabwägung berücksichtigen will, also auch dann, wenn die Schwierigkeiten nicht im Zusammenhang mit der Behinderung stehen, vgl. BAG, Urteil vom 11. 5. 2000, BAGE 94, S. 313, (322), zur fristlosen Kündigung; BAG, Urteil vom 20. 1. 2000, BAGE 93, S. 255, (255, 265 ff.), zur ordentlichen, krankheitsbedingten Kündigung; BAG, Urteil vom 15. 11. 2001, BAGE 99, S. 358, (363), zur fristlosen Kündigung; dem BAG folgend auch *Kossens/von der Heide/Maaß/Kossens*, SGB IX, § 91 SGB IX, Rn. 5, *Neumann/Pahlen/Majerski-Pahlen/Neumann*, SGB IX, § 91, Rn. 13.

Damit kommt in § 626 BGB die verfassungsrechtliche Wertung zum Ausdruck, dass die grundrechtlich begründete Pflicht des Staates zu Schutz und Förderung schwerbehinderter Menschen aus Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG nicht dazu führt, dass ein schwerwiegend gestörtes Arbeitsverhältnis mit einem schwerbehinderten Arbeitnehmer dauerhaft fortgeführt werden muss.²²⁸

Nach diesen Wertungsgrundsätzen könnte es daher eine verfassungsrechtlich nicht mehr zu rechtfertigende Beeinträchtigung der arbeitgeberseitigen Gestaltungsfreiheit darstellen, wenn der Arbeitgeber verpflichtet wäre, vor Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung stets und ausnahmslos ein Präventionsverfahren bzw. BEM durchzuführen. Denn beide Verfahren sind auf den Erhalt des Arbeitsverhältnisses ausgerichtet. Dem Arbeitgeber ist es bei Vorliegen eines wichtigen Grundes im Sinne des § 626 BGB aber gerade nicht mehr zumutbar, am Arbeitsverhältnis festzuhalten.²²⁹

Auch bei der außerordentlichen Kündigung kommt jedoch die Feststellung, dass die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zumutbar und eine fristlose Kündigung daher gerechtfertigt ist, nur dann in Betracht, wenn feststeht, dass die Kündigung das unausweichlich letzte Mittel ist und alle möglichen milderen Mittel zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erschöpft sind.²³⁰ Diese Feststellung kann aber bei schwerbehinderten Arbeitnehmern ohne die Durchführung eines Präventionsverfahrens bzw. BEM grundsätzlich nicht zuverlässig getroffen werden. Nur die Durchführung dieser Verfahren gewährleistet, dass tatsächlich alle in Betracht kommenden Möglichkeiten geprüft werden, wie das Arbeitsverhältnis erhalten und die Kündigung vermieden werden kann.

Im Ergebnis begründet daher die Interventionsverpflichtung nach § 84 SGB IX vor Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung keine

²²⁸ BVerwG, Urteil vom 19. 10. 1995, BVerwGE 99, S. 336, (339), mit Bezug auf die vom Integrationsamt vorzunehmende Interessenabwägung im Rahmen des Zustimmungsverfahrens nach § 85 SGB IX; so auch *Seidel*, MDR 1997, S. 804, (809); *Welti*, Behinderung und Rehabilitation im sozialen Rechtsstaat, S. 704, allgemein zur Zulässigkeit der *behinderungsbedingten* Kündigung.

²²⁹ In diesem Sinne *Brose*, RdA 2006, S. 149, (150).

²³⁰ Auch für die außerordentliche Kündigung gilt insoweit nach der ganz herrschenden Meinung der *ultima ratio*-Grundsatz als Ausprägung des allgemeinen Verhältnismäßigkeitsprinzips, vgl. BAG, Urteil vom 12. 7. 1995, BB 1995, S. 2063, (2063, 2064); BAG, Urteil vom 9. 7. 1998, EzA § 626 BGB Krankheit Nr. 1, S. 1, (3 ff.); KR/*Fischermeier*, § 626 BGB, Rn. 251, m. w. Nw.

ungerechtfertigte Beeinträchtigung der arbeitgeberseitigen Gestaltungsfreiheit bei der Beendigung von Arbeitsverhältnissen, weil erst nach Durchführung eines (erfolglosen) Präventionsverfahrens bzw. BEM zuverlässig feststehen kann, dass die außerordentliche Kündigung *ultima ratio* ist und die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses dem Arbeitgeber nicht mehr zumutbar ist.

(3) Interventionspflicht nur bei Zusammenhang zwischen Kündigungsgründen und Behinderung

Berücksichtigt man die Regelung des § 91 Abs. 4 SGB IX, stellt sich die Frage, ob der Arbeitgeber vor Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung nicht nur dann ein Präventionsverfahren bzw. BEM durchführen muss, wenn die Kündigungsgründe mit der Behinderung des Arbeitnehmers in einem kausalen Zusammenhang stehen.²³¹

Nach § 91 Abs. 4 SGB IX ist die Entscheidungsfreiheit des Integrationsamtes bei der Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung eingeschränkt, wenn die Kündigung aus einem Grund erfolgt, der nicht im Zusammenhang mit der Behinderung steht. In diesen Fällen muss das Integrationsamt im Regelfall die Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung erteilen. Eine Zustimmungsverweigerung bzw. eine Entscheidung nach pflichtgemäßem Ermessen kommt nur in besonders begründeten, atypischen Ausnahmefällen in Betracht.²³²

Dieser einschränkenden Regelung liegt der gesetzgeberische Wille zu Grunde, dass schwerbehinderte Arbeitnehmer bei Störungen im Arbeitsverhältnis, die nicht auf ihre Behinderung zurückzuführen sind, nicht stärker gegen außerordentliche Kündigungen geschützt werden sollen als gesunde Arbeitnehmer.²³³ Allein die größeren Schwierigkeiten bei der Wie-

²³¹ Dies bejahend mit Bezug auf die außerordentliche und ordentliche Kündigung wegen verhaltensbedingter Schwierigkeiten *Powietzka*, BB 2007, S. 2118, (2119); einen Zusammenhang mit der Behinderung als Anwendungsvoraussetzung ablehnend dagegen *Lachwitz/Schellhorn/Welti*, HK-SGB IX, § 84, Rn. 10.

²³² Vgl. hierzu BVerwG, Urteil vom 2. 7. 1992, MDR 1992, S. 1156, (1156 ff.); OVG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 8. 3. 1996, br 1997, S. 47, (47, 48); VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 5. 7. 1989, BB 1989, S. 2400, (2400); GK-SGB IX/*Lampe*, Band 3, § 91, Rn. 49.; *Lepke*, Kündigung bei Krankheit, S. 477, 478, Rn. 425; *Müller-Wenner/Schorn*, SGB IX, Teil 2, § 91, Rn. 30 ff.; *Seidel*, DB 1996, S. 1409, (1414, 1415).

²³³ BVerwG, Urteil vom 2. 7. 1992, NZA 1993, S. 123, (124); so auch *Ganz*, NZA 2006, S. 24, (25).

dererlangung eines Arbeitsplatzes, die ein schwerbehinderter Arbeitnehmer voraussichtlich haben wird, sowie die persönlich nachteiligen Folgen nach Eintritt von Arbeitslosigkeit können keinen atypischen Ausnahmefall begründen, der das Integrationsamt zur Ausübung seines Ermessens nach § 91 Abs. 4 SGB IX berechtigen würde.²³⁴ Übertragen auf die dem Schwerbehindertenrecht zugrundeliegenden Grundrechtspositionen wird das Interesse des Arbeitgebers an der Beendigung des Arbeitsverhältnisses im Rahmen des § 91 Abs. 4 SGB IX also als vorrangig eingestuft, wenn Kündigungsgrund und Behinderung des Arbeitnehmers in keinem Zusammenhang stehen.

Der Hintergrund für die dem Arbeitgeber in § 91 Abs 4 SGB IX eingeräumte Gestaltungsfreiheit bei der außerordentlichen Kündigung ist auch darin zu sehen, dass das SGB IX seine arbeitsmarkt- und rehabilitationspolitischen Ziele, nämlich schwerbehinderte Arbeitnehmer möglichst dauerhaft in Beruf und Beschäftigung einzugliedern,²³⁵ zum Teil auf eine *gemäßigte* Weise verfolgen will.²³⁶ So setzt der Gesetzgeber in vielen Bereichen des SGB IX auf den *guten Willen* des Arbeitgebers.

Das SGB IX sieht z. B. korrespondierend zu der Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers nach § 71 SGB IX keinen Einstellungsanspruch Schwerbehinderter vor. Auch bleibt die Nichterfüllung der Beschäftigungspflicht für den Arbeitgeber in der Regel folgenlos. Die Möglichkeit, gegen den Arbeitgeber ein Bußgeld zu verhängen, bleibt in der Praxis der zuständigen Landesarbeitsämter weitestgehend ungenutzt.²³⁷

Da der Arbeitgeber als Betriebsinhaber letztlich derjenige ist, der die Beschäftigungssituation schwerbehinderter Menschen verbessern kann, sollen die Regelungen des SGB IX auch dazu beitragen, den *guten Willen* des Arbeitgebers zur Beschäftigung schwerbehinderter Menschen zu pflegen, indem sie sich bemühen, möglichst viel von der Gestaltungsfreiheit des

²³⁴ BVerwG, a.a.O. (Fn. 233).

²³⁵ BVerwG, Urteil vom 13. 12. 1990, BVerwGE 87, S. 205, (207); BVerwG, Urteil vom 2. 7. 1992, NZA 1993, S. 123, (124).

²³⁶ BVerwG, a.a.O. (Fn. 235).

²³⁷ Vgl. *Bachmann*, ZfA 2003, S. 43, (47); GK-SGB IX/*Marschner*, Band 3, § 156 SGB IX, Rn. 44; *Harmsen* führt dies offenbar auf die schwierige Nachweisbarkeit eines Verschuldens bei der Nichterfüllung der Beschäftigungspflicht zurück, vgl. *Harmsen*, Arbeitgeberverpflichtungen im Schwerbehindertengesetz, S. 56 ff.

Arbeitgebers zu erhalten.²³⁸ Dies kommt auch im Rahmen des § 91 Abs. 4 SGB IX zum Ausdruck.

Es fragt sich, ob diese Wertung aus § 91 Abs. 4 SGB IX auch auf § 84 SGB IX übertragen werden muss, bei außerordentlichen Kündigungen also nur dann ein Präventionsverfahren bzw. BEM durchzuführen ist, wenn die Kündigungsgründe in Zusammenhang mit der Behinderung stehen.

Hierfür ließe sich anführen, dass bei uneingeschränkter Anwendung des § 84 SGB IX die Erleichterungen, die der Gesetzgeber für den Arbeitgeber im Rahmen des Zustimmungsverfahrens bei außerordentlichen Kündigungen vorsieht, ihren Nutzen verfehlen könnten. Denn aus Sicht des Arbeitgebers stellt nicht nur das vor Ausspruch einer Kündigung durchzuführende Zustimmungsverfahren beim Integrationsamt eine zusätzliche Belastung dar, sondern auch die in § 84 SGB IX normierten Verfahren.

Der Wortlaut des § 84 SGB IX liefert für eine derartige Einschränkung des Anwendungsbereiches jedoch keinerlei Anhaltspunkte.²³⁹ Auch die Gesetzesbegründungen enthalten keinen Hinweis darauf, dass bei außerordentlichen Kündigungen ein Präventionsverfahren bzw. BEM nur dann durchgeführt werden muss, wenn die der Kündigung zugrundeliegenden Schwierigkeiten in einem Zusammenhang mit der Behinderung des Arbeitnehmers stehen. Diese sprechen im Hinblick auf die Interventionspflicht des Arbeitgebers lediglich von Schwierigkeiten bzw. Arbeitsunfähigkeit ohne einen Bezug zur Behinderung vorzusetzen.²⁴⁰

Auch aus dem Sinn und Zweck der Verfahren nach § 84 SGB IX kann eine dem § 91 Abs. 4 SGB IX entsprechende Einschränkung des Anwendungsbereiches nicht abgeleitet werden. § 84 SGB IX geht es in seiner gegenwärtigen Fassung nicht darum, den Arbeitgeber nur bei behinderungsbedingten Schwierigkeiten zur Intervention zu verpflichten. Vielmehr verfolgt die Norm einen umfassenderen Ansatz.

²³⁸ BVerwG, Urteil vom 2. 7. 1992, NZA 1993, S. 123, (124).

²³⁹ So auch *Brose*, RdA 2006, S. 149, (155); *Müller-Wenner/Schorn*, SGB IX, Teil 2, § 84, Rn. 4; v. *Seggern*, AiB 2000, S. 717, (726).

²⁴⁰ Vgl. die Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit Schwerbehinderter vom 16. 5. 2000, BT-DS 14/3372, S. 16, 19 und die Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Ausbildung und Beschäftigung schwerbehinderter Menschen vom 21. 10. 2003, BT-DS 15/1783, S. 15, 16; wie hier auch *Brose*, RdA 2006, S. 149, (155).

Für das Präventionsverfahren lässt sich dies aus der Entstehungsgeschichte der Präventionsverpflichtung folgern.²⁴¹ Ziel des Gesetzgebers bei Einführung des Präventionsverfahrens im Jahr 2000 war, die hohe Arbeitslosigkeit unter schwerbehinderten Menschen abzubauen und deren Beschäftigungssituation nachhaltig zu verbessern.²⁴² Dem Ausbau der betrieblichen Prävention wurde hierbei eine entscheidende Bedeutung zugesprochen, um bereits beschäftigten schwerbehinderten Menschen den Arbeitsplatz möglichst dauerhaft zu erhalten.²⁴³ Berücksichtigt man vor diesem Hintergrund, dass schwerbehinderte Arbeitnehmer, die ihren Arbeitsplatz verloren haben, deutlich schwerer wieder in den Arbeitsmarkt integriert werden können als nicht behinderte Arbeitnehmer, so muss die Interventionsverpflichtung nach § 84 SGB IX – will sie ihr langfristiges Ziel, die Arbeitslosigkeit unter Schwerbehinderten abzubauen, erreichen – unabhängig davon bestehen, ob die eingetretenen Schwierigkeiten mit der Behinderung im Zusammenhang stehen oder nicht.²⁴⁴

Auch das BEM ist nach seinem Sinn und Zweck nicht nur auf die Intervention bei behinderungsbedingter Arbeitsunfähigkeit ausgerichtet. Folgt man der Gesetzesbegründung, geht es vielmehr umfassend darum, generell bei gesundheitlichen Störungen, die zu einer über sechs Wochen andauernden Arbeitsunfähigkeit führen, ein besonderes Verfahren zur Intervention zu schaffen. Ziel dabei ist, durch *geeignete Gesundheitsprävention* die Arbeitsunfähigkeit zu überwinden und das Arbeitsverhältnis möglichst dauerhaft zu sichern.²⁴⁵ Zudem soll durch das BEM der Ansatz der betrieblichen Prävention nach § 84 Abs. 1 SGB IX ausgebaut werden, um die Beschäftigungssituation schwerbehinderter Menschen *dauerhaft* zu verbessern.²⁴⁶

²⁴¹ So auch v. *Seggern*, AiB 2000, S. 717, (726).

²⁴² Vgl. die Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit Schwerbehinderter vom 16. 5. 2000, BT-DS 14/3372, S. 1, 15.

²⁴³ Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit Schwerbehinderter vom 16. 5. 2000, BT-DS 14/3372, S. 15, 16.

²⁴⁴ Ähnlich v. *Seggern*, AiB 2000, S. 717, (726) mit Bezug auf die Vorgängerregelung des § 14c SchwbG; in diesem Sinne auch Neumann/Pahlen/Majerski-Pahlen/*Neumann*, SGB IX, § 84, Rn. 11, allerdings mit Bezug auf das betriebliche Eingliederungsmanagement nach § 84 Abs. 2 SGB IX.

²⁴⁵ Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Ausbildung und Beschäftigung schwerbehinderter Menschen, BT-DS 15/1783, S. 15, 16.

²⁴⁶ Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Ausbildung und Beschäftigung schwerbehinderter Menschen, a.a.O. (Fn. 245), S. 1, S. 11.

Auch und erst recht für das BEM muss daher aufgrund der gesetzgeberischen Konzeption gelten, dass dieses unabhängig von einem Zusammenhang mit der Behinderung des jeweiligen Arbeitnehmers durchzuführen ist.

Im Ergebnis gebieten der Sinn und Zweck des Präventionsverfahrens bzw. BEM daher keine teleologische Reduktion dahingehend, eine Interventionspflicht nach § 84 SGB IX im Vorfeld von außerordentlichen Kündigungen nur dann anzunehmen, wenn zwischen Kündigungsgründen und Behinderung ein kausaler Zusammenhang besteht.

c. Zwischenergebnis

Es bleibt festzuhalten, dass der Arbeitgeber auch im Vorfeld einer außerordentlichen Kündigung ein Präventionsverfahren sowie BEM durchführen muss. Dies gilt unabhängig davon, ob die Kündigungsgründe in einem kausalen Zusammenhang mit der Behinderung des Arbeitnehmers stehen oder nicht. Die Pflicht zur Intervention besteht nicht nur, wenn sich die außerordentliche Kündigung auf Umstände stützt, die erst nach einem längeren Zeitraum zu einer schwerwiegenden Störung des Vertragsverhältnisses geführt haben (sogenannte Dauertatbestände).²⁴⁷ Vielmehr besteht diese auch, wenn Anlass für die Kündigung ein einmaliges, schwerwiegendes Ereignis ist. Ferner ist ein BEM auch dann einzuleiten, wenn sich ein sogenannten Dauertatbestand bereits zu einem außerordentlichen Kündigungsgrund entwickelt hat.

Der Arbeitgeber ist danach grundsätzlich bei jeder Form der Beendigungskündigung verpflichtet, ein Präventionsverfahren bzw. BEM durchzuführen. Lediglich vor Ausspruch der Änderungskündigung ist ein Präventionsverfahren entbehrlich, wenn eine gesicherte, angemessene und zumutbare Weiterbeschäftigungsmöglichkeit für den betroffenen Arbeitnehmer bereits gefunden wurde, die auch den Anforderungen des § 81 Abs. 4 SGB IX gerecht wird.

²⁴⁷ Ein Beispiel für einen solchen Dauertatbestand sind immer wiederkehrende Vertragspflichtverletzungen des Arbeitnehmers, etwa wiederholte Verspätungen, bei denen der Grad der Unzumutbarkeit des Festhaltens am Arbeitsverhältnis mit zunehmender Dauer beständig wächst; vgl. hierzu und zu weiteren Beispielen KR/*Fischermeier*, § 626 BGB, Rn. 323 ff.

4. Die Anwendbarkeit des § 84 SGB IX bei atypischen Beschäftigungsformen

Nachdem herausgearbeitet werden konnte, bei welchen Kündigungsarten § 84 SGB IX zur Anwendung gelangt, bleibt zu klären, ob das Präventionsverfahren und das BEM auch im Rahmen sogenannter atypischer Beschäftigungsformen, namentlich im Rahmen des befristeten und des faktischen Arbeitsverhältnisses durchzuführen sind.

a. Die Anwendbarkeit des § 84 SGB IX im Rahmen des befristeten Arbeitsverhältnisses

Das befristete Arbeitsverhältnis endet im Regelfall mit Ablauf der vereinbarten Zeit, für die es eingegangen wurde, oder mit Erreichen des Zwecks, den die Arbeitsvertragsparteien dem Vertragsverhältnis zugrunde gelegt haben.²⁴⁸ Gleichwohl kann auch der Bestand des befristeten Arbeitsverhältnisses vor Ablauf der vereinbarten Dauer bzw. vor Erreichen des vereinbarten Zwecks durch eine Kündigung des Arbeitgebers bedroht sein. Denn die Befristung des Arbeitsverhältnisses schließt eine vorhergehende Kündigung durch den Arbeitgeber nicht aus. Die Möglichkeit des Arbeitgebers zur fristlosen Kündigung bleibt stets gegeben.²⁴⁹ Aber auch eine ordentliche Kündigung vor Zweckerreichung oder Zeitablauf ist möglich, wenn der Arbeitgeber sich dieses Recht vertraglich oder im Rahmen eines Tarifvertrages vorbehalten hat.²⁵⁰ Damit stellt sich auch beim befristeten Arbeitsverhältnis die Frage, ob der Arbeitgeber verpflichtet ist, vor Ausspruch der beabsichtigten Kündigung, ein Präventionsverfahren oder BEM durchzuführen.

Berücksichtigt man das übergreifende Ziel von Präventionsverfahren und BEM, schwerbehinderten Arbeitnehmern ihren Arbeitsplatz möglichst dauerhaft zu erhalten,²⁵¹ steht der Anwendung des § 84 SGB IX im Rahmen des befristeten Arbeitsverhältnisses nichts entgegen. Bei einem zeitlich oder zweckgebunden befristeten Arbeitsverhältnis wird die Zielsetzung

²⁴⁸ Erfurter Kommentar/*Müller-Glöge*, § 15 TzBfG, Rn. 1, Rn. 2.

²⁴⁹ Erfurter Kommentar/*Müller-Glöge*, a.a.O. (Fn. 248), Rn. 10; *Dörner*, Der befristete Arbeitsvertrag, J, IV, Rn. 912.

²⁵⁰ Vgl. die Regelung des § 15 Abs. III TzBfG; hierzu auch Erfurter Kommentar/*Müller-Glöge*, a.a.O. (Fn. 249), Rn. 10; *Dörner*, Der befristete Arbeitsvertrag, J, IV, Rn. 912 ff.

²⁵¹ Vgl. hierzu schon die Ausführungen zur ratio legis von Präventionsverfahren und BEM unter: Zweiter Teil, C., IV, 1., a.

der Verfahren lediglich modifiziert. Aufgabe des Präventionsverfahrens und des BEM ist es dann, das befristete Arbeits-verhältnis zumindest für die vereinbarte Dauer bzw. bis zum Erreichen des vereinbarten Zwecks zu erhalten.²⁵² Gleiches gilt für die Fälle, in denen sich der Arbeitgeber nicht vertraglich ein ordentliches Kündigungsrecht vorbehalten hat, wohl aber die Möglichkeit der außerordentlichen Kündigung vor Zeitablauf bzw. Zweckerreichung noch besteht.

Da der Arbeitgeber auch vor Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung zur Durchführung eines Präventionsverfahrens bzw. BEM verpflichtet ist, muss dies unter Berücksichtigung der übergreifenden Zielsetzung des § 84 SGB IX auch im Fall der fristlosen Kündigung eines befristeten Arbeitsverhältnisses gelten.

b. Die Anwendbarkeit im Rahmen des faktischen Arbeitsverhältnisses

Unklar ist weiterhin, ob auch das sogenannte faktische Arbeitsverhältnis dem Anwendungsbereich des § 84 SGB IX unterfällt. Bei dem faktischen Arbeitsverhältnis handelt es sich um ein Arbeitsverhältnis, das auf Grundlage eines nichtigen bzw. anfechtbaren Arbeitsvertrages in Vollzug gesetzt wird.²⁵³

In der Literatur wird zum Teil befürwortet, § 84 SGB IX auch auf das faktische Arbeitsverhältnis anzuwenden.²⁵⁴ Das faktische Arbeitsverhältnis sei als Beschäftigungsverhältnis im Sinne des § 84 Abs. 1 SGB IX einzuordnen. Es bestehe zwar zwischen den Parteien keine Bindung für die Zukunft, wohl aber für die Dauer des faktischen Arbeitsverhältnisses mit allen Rechten und Pflichten eines Arbeitsverhältnisses. Dieser Meinung ist zuzugeben, dass das faktische Arbeitsverhältnis von der Rechtsprechung und der herrschenden Lehre für die Dauer der tatsächlichen Beschäftigung wie ein fehlerfrei zustande gekommenes Arbeitsverhältnis behandelt wird, in dem die gleichen Rechte und Pflichten wie in einem normalen Arbeitsverhältnis

²⁵² Ähnlich mit Bezug auf die Anwendbarkeit des § 85 SGB IX bei einem über sechs Monate andauernden Aushilfsarbeitsverhältnis *Neumann*, Handbuch SGB IX, § 19, Rn. 23.

²⁵³ Erfurter Kommentar/*Preis*, § 611 BGB, Rn. 145 ff.

²⁵⁴ GK-SGB IX/*Schimanski*, Band 2, § 84, Rn. 23 (faktisches Arbeitsverhältnis als Beschäftigungsverhältnis).

bestehen.²⁵⁵ So ist der Arbeitgeber auch im Rahmen des faktischen Arbeitsverhältnisses verpflichtet, die Arbeitnehmerschutzgesetze einzuhalten, beispielsweise das Gesetz über die Zahlung des Arbeitsentgelts an Feiertagen und im Krankheitsfall (Entgeltfortzahlungsgesetz).²⁵⁶ Hieraus ließe sich ableiten, Präventionsverfahren und BEM auch bei Gefährdung des faktischen Arbeitsverhältnisses durchführen zu müssen.

Allerdings ließe dies unberücksichtigt, dass das faktische Arbeitsverhältnis aufgrund seiner fehlerhaften Vertragsgrundlage vom Arbeitgeber jederzeit durch einseitige Erklärung beendet werden kann. Eine Kündigung ist nicht erforderlich.²⁵⁷ Der allgemeine Kündigungsschutz nach dem Kündigungsschutzgesetz bzw. nach den §§ 134, 138, 242 BGB und ein ggf. bestehender Sonderkündigungsschutz greifen nicht ein.²⁵⁸ Der Arbeitgeber benötigt zur Kündigung des faktischen Arbeitsverhältnisses eines schwerbehinderten Arbeitnehmers also nicht die Zustimmung des Integrationsamtes nach § 85 SGB IX.²⁵⁹

Der Grund für die Unanwendbarkeit des Sonderkündigungsschutzes bei der Beendigung eines faktischen Arbeitsverhältnisses liegt nicht nur in dem Wortlaut des § 85 SGB IX, der an das Bestehen eines *Arbeitsverhältnisses* anknüpft,²⁶⁰ sondern vor allem in dem Zweck des Zustimmungsverfahrens. Das Verfahren soll sicherstellen, dass vor Ausspruch einer arbeitgeberseitigen Kündigung die besonderen Schutzinteressen Schwerbehinderter berücksichtigt werden und eine mit dem Schutzzweck des Gesetzes unvereinbare Kündigung vermieden wird.²⁶¹ Dabei muss das Integrationsamt in jedem Fall prüfen, ob Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten zugunsten des Schwerbehinderten bestehen, die die Kündigung vermeidbar machen.²⁶²

²⁵⁵ BAG, Urteil vom 5. 12. 1957, BAGE 5, S. 159, (160 ff.); BAG, Urteil vom 7. 6. 1972, BB 1973, S. 291, (291); BAG, Urteil vom 15. 1. 1986, DB 1986, S. 1393, (1393); Erfurter Kommentar/Preis, § 611 BGB, Rn. 145 m. w. Nw. aus der Literatur.

²⁵⁶ Erfurter Kommentar/Preis, a.a.O. (Fn. 255), Rn. 147.

²⁵⁷ BAG, Urteil vom 15. 1. 1986, DB 1986, S. 1393, (1393); Erfurter Kommentar/Preis, a.a.O. (Fn. 255), Rn. 147; Schaub/Linck, Arbeitsrechts-Handbuch, § 36, Rn. 51.

²⁵⁸ Erfurter Kommentar/Preis, § 611 BGB, Rn. 147.

²⁵⁹ Erfurter Kommentar/Preis, a.a.O. (Fn. 258); GK-SGB IX/Lampe, Band 3, § 85, Rn. 65

²⁶⁰ Im Fall des faktischen Arbeitsverhältnisses besteht ein solches Arbeitsverhältnis aber nicht, es wird einem wirksamen Arbeitsverhältnis nur gleichgestellt, um Rückabwicklungsschwierigkeiten hinsichtlich der erbrachten Arbeitsleistung zu vermeiden, vgl. die Ausführungen unter: Zweiter Teil, C., IV, 4.

²⁶¹ Kossens/von der Heide/Maß/Kossens, SGB IX, § 85, Rn. 1.

²⁶² BAG, Urteil vom 22. 9. 2005, EzA § 81 SGB IX Nr. 10, S. 1, (10 ff.); BVerwG, Urteil vom 11. 9. 1990, BVerwGE 29, S. 140, (141 ff.); OVG Bremen, Urteil vom 10. 11.

Das Zustimmungsverfahren nach § 85 SGB IX hat damit auch eine kündigungspräventive Funktion. Es soll trotz eines bereits gefassten Kündigungsentschlusses helfen, den Arbeitsplatz des Schwerbehinderten möglichst zu erhalten.²⁶³ Dieser, auf den Erhalt des Arbeitsverhältnisses ausgerichtete Zweck des Zustimmungsverfahrens widerspricht aber den zum faktischen Arbeitsverhältnis entwickelten Grundsätzen, wonach der Arbeitgeber wegen der Fehlerhaftigkeit der Vertragsgrundlage jederzeit die Möglichkeit haben soll, sich ohne Einschränkung von dem Vertragsverhältnis zu lösen.

In diesem Sinne setzt sich auch das übergreifende Ziel von Präventionsverfahren und BEM in Widerspruch zu der jederzeitigen Beendigungsmöglichkeit eines faktischen Arbeitsverhältnisses. Denn den Verfahren nach § 84 SGB IX geht es ebenfalls darum, zu erreichen, dass das Arbeitsverhältnis möglichst dauerhaft fortgesetzt werden kann.

Gegen die Anwendbarkeit des § 84 SGB IX im Rahmen des faktischen Arbeitsverhältnisses spricht ferner der Grund, aus dem Rechtsprechung und Literatur das faktische Arbeitsverhältnis während der Dauer seines Vollzuges wie ein wirksam begründetes Arbeitsverhältnis behandeln. Dieser besteht allein darin, Abwicklungsschwierigkeiten des trotz seiner Fehlerhaftigkeit in Vollzug gesetzten Arbeitsverhältnisses zu vermeiden.²⁶⁴ Ein normales Arbeitsverhältnis, das dem allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz unterfällt, soll hierdurch nicht begründet werden. Folgerichtig muss bei der Beendigung eines faktischen Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber auch kein Präventionsverfahren und kein BEM zum Erhalt dieses Arbeitsverhältnisses durchgeführt werden.

c. Zwischenergebnis

Nach den vorstehenden Ausführungen ergibt sich für das Präventionsverfahren und das BEM ein weiter Anwendungsbereich. Sowohl unbefristete als auch befristete Arbeitsverhältnisse werden von § 84 SGB IX erfasst.

1981, ZfSH 1982, S. 122, (122 ff.); Neumann/Pahlen/Majerski-Pahlen/Neumann, SGB IX, § 85, Rn. 70; vgl. auch § 89 Abs. 1 Satz 3 SGB IX, wonach das Integrationsamt stets die Unterbringungsmöglichkeit des schwerbehinderten Arbeitnehmers auf einem anderen Arbeitsplatz prüfen muss.

²⁶³ Zu diesem Nebeneinander von allgemeinem Kündigungsschutz und dem Zustimmungsverfahren nach § 85 SGB IX: Neumann/Pahlen/Majerski-Pahlen/Neumann, SGB IX, § 85, Rn. 6.

²⁶⁴ Erfurter Kommentar/Preis, § 611 BGB, Rn. 145.

Das faktische Arbeitsverhältnis ist vom Anwendungsbereich des § 84 SGB IX dagegen ausgenommen.

5. Entbehrlichkeit von Präventionsverfahren und BEM

Als letzter klärungsbedürftiger Punkt für den Umfang der von § 84 SGB IX angestrebten kündigungspräventiven Wirkung sind die Fallgestaltungen herauszuarbeiten, in denen die Durchführung eines Präventionsverfahrens bzw. eines BEM entbehrlich ist.

a. Entbehrlichkeit des Präventionsverfahrens

Die Durchführung eines Präventionsverfahrens könnte entbehrlich sein, wenn die Schwierigkeiten des Arbeitnehmers auf eine erhebliche Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten zurückzuführen sind. Diese Erwägung ergibt sich, wenn man sich der vom BAG aufgestellten Grundsätze zum Erfordernis einer Abmahnung vor Ausspruch einer verhaltensbedingten Kündigung vergegenwärtigt.

Nach diesen Grundsätzen bedarf es vor Ausspruch einer Kündigung, die auf ein vertragswidriges Verhalten des Arbeitnehmers gestützt wird, grundsätzlich einer vorhergehenden Abmahnung des Arbeitnehmers. Eine ohne vorhergehende Abmahnung ausgesprochene Kündigung ist aufgrund des im Kündigungsrecht geltenden Verhältnismäßigkeitsprinzips grundsätzlich als unwirksam anzusehen.²⁶⁵ Etwas anderes gilt jedoch dann, wenn dem Arbeitnehmer eine schwerwiegende Vertragspflichtverletzung zur Last gelegt wird, deren Rechtswidrigkeit dem Arbeitnehmer ohne weiteres erkennbar ist und bei der der Arbeitnehmer offensichtlich nicht mit einer Hinnahme des Verhaltens durch den Arbeitgeber rechnen kann. In diesen Fällen ist eine Abmahnung nach der Rechtsprechung des BAG entbehrlich und eine ohne Abmahnung ausgesprochene Kündigung gerechtfertigt. Die eingetretene Störung des Vertrauensverhältnisses wird als so schwerwiegend angesehen, dass auch durch ein künftiges vertragsgemäßes Verhalten

²⁶⁵ Zum Teil wird vertreten, dass das Erfordernis der Abmahnung vor Ausspruch einer Kündigung aus dem Grundsatz der Erforderlichkeit als Teilaspekt der Verhältnismäßigkeit folge, zum Teil wird dieses aber auch aus dem Übermaßverbot, also der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne geschlossen; eine Kündigung sei bei leichteren Verstößen ohne vorhergehende Abmahnung eine Überreaktion und daher unangemessen, vgl. umfassend zur Ableitung des Abmahnungserfordernisses aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz v. *Hoyningen-Huene*, RdA 1990, S. 193, (195 ff.), m. w. Nw.

das für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses notwendige Vertrauen des Arbeitgebers nicht wiederhergestellt werden kann.²⁶⁶

Fraglich ist, ob diese von der Rechtsprechung zur Abmahnung entwickelten Grundsätze auch auf das Präventionsverfahren übertragen werden können, die Durchführung eines Präventionsverfahrens somit entbehrlich ist, wenn ein vom Arbeitnehmer steuerbares Fehlverhalten derart schwerwiegend ist, dass es einer Abmahnung nicht mehr bedarf.²⁶⁷

Im Ergebnis ist dies zu bejahen. Die Parallele zur Abmahnung ist gerechtfertigt. Die Abmahnung hat wie das Präventionsverfahren eine kündigungspräventive, arbeitsplatzerhaltende Funktion. Sie dient dem Arbeitnehmer nicht nur als Hinweis auf sein vertragswidriges Verhalten und als Warnung, dass im Wiederholungsfalle der Ausspruch einer Kündigung droht. Die Abmahnung hat darüber hinaus auch den Sinn, den Arbeitnehmer zu einem vertragsgemäßen Verhalten zu bewegen und den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses in der Zukunft zu gewährleisten.²⁶⁸ Die Abmahnung ist danach wie das Präventionsverfahren auch auf die ungestörte Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses gerichtet.²⁶⁹

Wegen dieser vergleichbaren Funktion von Abmahnung und Präventionsverfahren kann in den Fällen, in denen eine Abmahnung wegen der Schwere der Vertragspflichtverletzung entbehrlich ist, auch die Durchführung eines Präventionsverfahrens als entbehrlich angesehen werden.

In Fällen einer schwerwiegenden Vertragspflichtverletzung wäre die Durchführung eines Präventionsverfahrens auch sinnlos. Das Verfahren kann zwar Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten aufzeigen, bei denen eine Wiederholung der Vertragspflichtverletzung möglicherweise aus-

²⁶⁶ BAG, Urteil vom 31. 3. 1993, BAGE 73, S. 42, (53); BAG, Urteil vom 26. 8. 1993, BAGE 74, S. 127, (127, 139 ff.); BAG, Urteil vom 10. 2. 1999, BAGE 91, S. 30, (30, 37 ff.); BAG, Urteil vom 12. 8. 1999, BAGE 92, S. 184, (198 ff.); BAG, Urteil vom 11. 12. 2003, NZA 2004, S. 486, (486, 488); Erfurter Kommentar/*Müller-Glöge*, § 626 BGB, Rn. 29; KR/*Fischermeier*, § 626 BGB, Rn. 268, m. w. Nw.; v. *Hoyningen-Huene/Linck*, KSchG, § 1, Rn. 487.

²⁶⁷ Zustimmung BAG, Urteil vom 7. 12. 2006, DB 2007, S. 1089, (1091); dem folgend: *Powietzka*, BB 2007, S. 2118, (2119) und *Wolf*, iqpr-Forum B, Diskussionsbeitrag Nr. 19/2007, S. 2 und S. 3 ff., im Internet veröffentlicht unter http://www.iqpr.de/iqpr/seiten/diskussionsforen/forumb/forum-b-de.asp#B19_2007, (letzter Abruf am 12. 10. 2010).

²⁶⁸ *Berkowsky*, Die personen- und verhaltensbedingte Kündigung, § 9, Rn. 31; KR/*Fischermeier*, § 626 BGB, Rn. 262.

²⁶⁹ *Berkowsky*, a.a.O. (Fn. 268), Rn. 11; v. *Hoyningen-Huene*, RdA 1990, S. 193, (197).

geschlossen werden kann. Das Vertrauen des Arbeitgebers in den Arbeitnehmer kann es jedoch nicht wiederherstellen.²⁷⁰

Im Fall einer erheblichen Vertragspflichtverletzung, die den Arbeitgeber ohne Ausspruch einer Abmahnung zur Kündigung berechtigt, kann daher auch ein Präventionsverfahren nur zu dem Ergebnis führen, dass die Weiterbeschäftigung unzumutbar ist. Denn in diesen Fällen ist das Vertrauen des Arbeitgebers in einem solchen Umfang missbraucht, dass auch durch eine Einschaltung der in § 84 SGB IX genannten Stellen eine Wiederherstellung des ungestörten Arbeitsverhältnisses nicht möglich ist. Die Einleitung eines Präventionsverfahrens ist daher von vornherein sinnlos und dem Arbeitgeber daher nicht zumutbar.²⁷¹

b. Entbehrlichkeit des BEM

Die Durchführung eines BEM ist in jedem Fall dann entbehrlich, wenn der betroffene Arbeitnehmer seine erforderliche Zustimmung zu dem Verfahren nicht erteilt hat.

Ferner ist die Durchführung eines BEM in Fallgestaltungen entbehrlich, in denen die Durchführung des Verfahrens offensichtlich sinnlos wäre. Das ist der Fall, wenn feststeht, dass der Arbeitnehmer dauerhaft zur Erbringung seiner Arbeitsleistung nicht mehr imstande ist, also ein Fall der Erwerbsunfähigkeit im Sinne des § 44 Abs. 2 SGB VI a.F. gegeben ist. Das Leistungsvermögen des Arbeitnehmers muss dabei auf ein Maß gesunken sein,

²⁷⁰ Ein Beispielsfall, in dem eine Abmahnung und damit auch die Durchführung eines Präventionsverfahrens wegen unwiederbringlichen Vertrauensverlustes entbehrlich ist, ist der Diebstahl von Vermögensgegenständen des Arbeitgebers oder die sexuelle Belästigung von Arbeitskollegen, vgl. v. *Hoyningen-Huene*, RdA 1990, S. 193, (202) und v. *Hoyningen-Huene/Linck*, KSchG, § 1, Rn. 490, mit weiteren Beispielen aus der Rechtsprechung des BAG zur Entbehrlichkeit der Abmahnung.

²⁷¹ In dem dem Urteil des BAG zugrundeliegenden Fall wurde dem Arbeitnehmer ein Arbeitszeitbetrug zur Last gelegt. Der Arbeitnehmer hatte mehrfach vorzeitig die Arbeit beendet und den Arbeitsplatz verlassen, was ihm durch ein im Betrieb vorhandenes Zugangskontrollsystem nachgewiesen werden konnte. Durch unrichtig ausgefüllte Stundennachweiszettel hatte der Arbeitnehmer aber vorgetäuscht, die volle Arbeitszeit gearbeitet zu haben. Durch Vortäuschen dieser Arbeitsleistung hatte der Arbeitnehmer ein ihm nicht zustehendes Entgelt für mindestens 13,42 Stunden erschlichen, vgl. BAG, Urteil vom 7. 12. 2006, DB 2007, S. 1089, (1089 ff.).

das auf absehbare Zeit eine Arbeitsleistung von nennenswertem wirtschaftlichem Wert nicht mehr zulässt.²⁷²

Kann der schwerbehinderte Arbeitnehmer aufgrund seiner gesundheitlichen Beeinträchtigungen nur seine bisherige berufliche Tätigkeit nicht mehr ausüben, ist er aber noch imstande, andere Tätigkeiten ohne Einschränkung zu verrichten, entfällt die Pflicht zur Durchführung eines BEM nicht. In diesen Fällen ist nicht ausgeschlossen, dass im Rahmen des BEM Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten auf einem anderen Arbeitsplatz gefunden werden können.

Ein weiterer Fall der Entbehrlichkeit wegen Sinnlosigkeit des BEM ist schließlich anzunehmen, wenn bei befristeten Arbeitsverhältnissen feststeht, dass sich die Erwerbsunfähigkeit eines Arbeitnehmers über den gesamten Befristungszeitraum erstrecken wird.²⁷³

D. Zusammenfassung

Die Bestimmungen des § 81 Abs. 4 und 5 SGB IX und des § 84 SGB IX sollen auf unterschiedliche Weise dem Ausspruch arbeitgeberseitigen Kündigungen wegen behinderungsbedingter Störungen im Arbeitsverhältnis entgegenwirken.

§ 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX soll nach seiner Konzeption vorrangig im noch ungestörten Arbeitsverhältnis durch Normierung besonderer Beschäftigungspflichten des Arbeitgebers primärpräventiv dem Entstehen von Risiken am Arbeitsplatz vorbeugen, die zum Eintritt kündigungsrelevanter Schwierigkeiten führen können. Die in § 84 SGB IX normierten Verfahren kommen dagegen erst dann zum Tragen, wenn es bereits zum Eintritt derartiger Schwierigkeiten gekommen ist. Nach Eintritt kündigungsrelevanter Schwierigkeiten, ergänzen sich beide Vorschriften. Präventionsverfahren und BEM bilden dann den Rahmen, in welchem erörtert werden soll, wie die in § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX normierten besonderen Beschäftigungspflichten des Arbeitgebers genutzt werden können, um die Schwierigkeiten

²⁷² Vgl. zur Unterscheidung von Erwerbs- und Berufsunfähigkeit im Zusammenhang mit einer außerordentlichen krankheitsbedingten Kündigung LAG Hamm, Urteil vom 11. 7. 1996, 4 Sa 53/96, veröffentlicht bei Juris.

²⁷³ Als Beispielsfall kann hier ein dem LAG Berlin zur Entscheidung vorgelegter Fall eines erkrankten, befristet für eine Saison eingestellten Eishockeyspielers genannt werden, vgl. LAG Berlin, Urteil vom 10. 4. 1995, SpuRT 1998, S. 200, (200 ff.).

zu überwinden bzw. das Arbeitsverhältnis trotz dieser Schwierigkeiten dauerhaft fortsetzen zu können.

Wie festgestellt werden konnte, unterliegt der Anwendungsbereich von Präventionsverfahren und BEM nach der gesetzlichen Konzeption des § 84 SGB IX nur wenigen Einschränkungen. Anders als der Sonderkündigungsschutz nach § 85 ff. SGB IX sind Präventionsverfahren und BEM schon in den ersten sechs Monaten der Beschäftigung zu beachten. Ferner sind die Verfahren auch vor Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung durchzuführen. Nur in wenigen Ausnahmefällen sind die Verfahren von vornherein entbehrlich, etwa bei Sinnlosigkeit des Verfahrens, fehlender Zustimmung des Betroffenen oder einer schwerwiegenden Vertragspflichtverletzung des schwerbehinderten Arbeitnehmers. Der Umfang, in dem die §§ 81, 84 SGB IX eine präventive Wirkung im Hinblick auf arbeitgeberseitige Kündigungen entfalten sollen, ist damit – im Interesse der besonders schutzbedürftigen Personengruppe der schwerbehinderten Arbeitnehmer – nach der gesetzlichen Konzeption weit gefasst.

Dritter Teil: Die Effektivität der §§ 81, 84 SGB IX im Hinblick auf das Ziel der Kündigungsprävention

A. Einleitung

Im Hinblick auf den festgestellten, weitreichenden Anwendungsbereich des § 84 SGB IX, welcher aufgrund der Konzeption von Präventionsverfahren und BEM auch zu einer weitreichenden Anwendung der besonderen Pflichten aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX beiträgt, stellt sich die Frage nach der tatsächlichen Effektivität der Vorschriften. Werden diese auch praktisch wirksam, das heißt führen die in §§ 81, 84 SGB IX normierten, besonderen Pflichten des Arbeitgebers bei der Beschäftigung schwerbehinderter Arbeitnehmer tatsächlich dazu, dass die bezweckte kündigungspräventive Wirkung eintritt und arbeitgeberseitige Kündigungen vermieden werden? Je nachdem, wie hier die Antwort ausfällt, lässt sich Prävention als wirksames Mittel zum Schutz schwerbehinderter Arbeitnehmer vor dem Verlust des Arbeitsplatzes einstufen. Gegenstand des nachfolgenden dritten Teils der Bearbeitung ist daher die Bewertung der Effektivität der im zweiten Teil dargestellten kündigungspräventiv ausgerichteten Bestimmungen der §§ 81, 84 SGB IX.

I. Fehlen empirischer Erkenntnisse

Über die tatsächlichen Wirkungen der kündigungspräventiv ausgerichteten Bestimmungen der §§ 81, 84 SGB IX gibt es gegenwärtig, soweit ersichtlich, keine empirischen Erkenntnisse.²⁷⁴ Empirische Erkenntnisse im Bereich des präventiven Kündigungsschutzrechts bestehen nur hinsichtlich der Frage, ob und inwieweit allein die Existenz kündigungsschutzrechtlicher Bestimmungen den Arbeitgeber präventiv vom Ausspruch einer Kündigung abhalten und zur Fortsetzung eines Arbeitsverhältnisses bewegen kann.²⁷⁵

²⁷⁴ In der Literatur finden sich allenfalls empirisch nicht oder nur unzureichend belegte Einschätzungen, die davon ausgehen, dass die Häufigkeit arbeitgeberseitiger Kündigungen durch das Zustimmungsverfahren vor dem Integrationsamt nach § 85 SGB IX abnimmt, vgl. *Oyen* mit Bezug auf eine Untersuchung der Hauptfürsorgestelle Köln aus dem Jahr 1983 und eine Untersuchung von *Jopen* aus dem Jahr 1988, vgl. *Oyen*, Mitteilungen aus der Arbeitsmarkt- und Berufsforschung, 4/1989, S. 519.

²⁷⁵ Vgl. die Untersuchung des Wirtschafts- und Sozialwissenschaftlichen Instituts der Hans-Böckler-Stiftung im Rahmen der sog. REGAM-Studie, welche versucht, der präventiven Wirkung des Kündigungsschutzgesetzes anhand von Befragungen zur

Die Erkenntnisse in Bezug auf diese *faktische Präventionswirkung* kündigungsschutzrechtlicher Bestimmungen basieren dabei übergreifend auf einer sogenannten *Entmutigungshypothese*. Diese besagt, dass Arbeitgeber aufgrund ihrer subjektiven Wahrnehmung von den Schwierigkeiten und Unwägbarkeiten, die mit der Kündigung eines Arbeitnehmers ihrer Ansicht nach verbunden sind,²⁷⁶ es vorziehen, von der Umsetzung ihres Kündigungsentschlusses abzusehen und stattdessen das Arbeitsverhältnis fortsetzen. Damit knüpfen die vorhandenen empirischen Erkenntnisse über die faktische Präventionswirkung kündigungsschutzrechtlicher Bestimmungen allein an die subjektive Wahrnehmung des Arbeitgebers und an das daraus resultierende Verhalten.²⁷⁷ Sie

betrieblichen Personalpolitik nachzugehen, veröffentlicht in: *Pfarr/Ullmann/Bradtko/Schneider/Kimmich*, Der Kündigungsschutz zwischen Wahrnehmung und Wirklichkeit, S. 8 ff. und S. 78 ff., und *Pfarr/Bothfeld/Kaiser/Kimmich/Peuker/Ullmann*, BB 2004, S. 325, (325 ff.); vgl. ferner eine Studie des Instituts für Arbeitsmarkt und Berufsforschung der Bundesagentur für Arbeit, welche zur Feststellung einer faktischen Präventionswirkung kündigungsschutzrechtlicher Bestimmungen die Personalentwicklung in Kleinbetrieben anhand statistisch ermittelter Einstellungs- und Entlassungsraten analysiert, dazu *Bauer/Bender/Bonin*, IAB Kurzbericht Nr. 15/2004, veröffentlicht im Internet unter <http://doku.iab.de/kurzber/2004/kb1504.pdf>, (letzter Abruf am 30. 10. 2010); vgl. ferner *Bothfeld/Ullmann*, WSI-Mitteilungen 2004, S. 262, (262 ff.) zu den Ergebnissen einer Befragung von Personalverantwortlichen; *Schramm/Schlese*, Management Revue 2007, S. 322, (322 ff.), zu den Ergebnissen einer Befragung von Personalverantwortlichen aus dem Jahr 2007; zur präventiven Wirkung des § 85 SGB IX: *Bachmann*, ZfA 2003, S. 43, (64); *Frick*, Betriebliche Schwerbehindertenbeschäftigung und interne Arbeitsmärkte, 1992, S. 249; *Jopen*, Der besondere Kündigungsschutz für Schwerbehinderte, 2. Aufl. 1998, S. 201 ff.

²⁷⁶ Zur subjektiven Wahrnehmung des Kündigungsschutzrechts gibt es ebenfalls einschlägige empirische Untersuchungen; nach einer Unternehmensbefragung des Instituts der Deutschen Wirtschaft Köln aus dem Jahr 2003 gaben fast 90 % der Befragten an, der Kündigungsschutzprozess vor dem Arbeitsgericht sei meist mit unkalkulierbaren finanziellen Risiken verbunden, vgl. *Janßen*, IW-Trends 2004, S. 16, (16 ff.); nach der REGAM-Studie der Hans-Böckler-Stiftung gaben 38 % bzw. 42 % der unter das Kündigungsschutzgesetz fallenden Betriebe mit einer Beschäftigtenzahl von 6 - 19 Arbeitnehmern an, Probleme zu haben, das Arbeitsrecht zu überblicken; die meisten gaben dabei als Ursache die Vielzahl arbeitsrechtlicher Gesetze (72 %) sowie die widersprüchliche Sprechpraxis der Arbeitsgerichte (61 %) an; diese Rechtsunsicherheit nimmt nach der Studie bei entsprechender Erfahrung mit Kündigungen und Kündigungsschutzklagen noch zu, vgl. die Ergebnisse der REGAM-Studie bei *Pfarr/Ullmann/Bradtko/Schneider/Kimmich*, Der Kündigungsschutz zwischen Wahrnehmung und Wirklichkeit, S. 12 ff.

²⁷⁷ Vgl. die Untersuchung des Wirtschafts- und Sozialwissenschaftlichen Instituts der Hans-Böckler-Stiftung im Rahmen der sog. REGAM-Studie, veröffentlicht in: *Pfarr/Ullmann/Bradtko/Schneider/Kimmich*, a.a.O. (Fn. 276), S. 8 ff. und S. 78 ff., und

bewerten nicht den objektiven Einfluss, den Betriebsrat oder Integrationsamt im Rahmen der einer Kündigung vorzuschaltenden Verfahren, beispielsweise im Rahmen der Verfahren nach § 84 SGB IX, haben, bzw. inwieweit besondere Beschäftigungspflichten wie die aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX dazu beitragen, dass von geplanten Kündigungen Abstand genommen wird. Die vorhandenen empirischen Erkenntnisse können somit nicht zur Bewertung der Effektivität der von den §§ 81, 84 SGB IX angestrebten Kündigungsprävention herangezogen werden.

II. Rechtsfolgenbetrachtung als alternativer Maßstab zur Bewertung der Effektivität

Wegen der festgestellten fehlenden Empirie im Bereich der §§ 81, 84 SGB IX bedarf es daher zur Bewertung der Effektivität der von den Vorschriften angestrebten Kündigungsprävention eines anderen Maßstabes. Als ein solcher Bewertungsmaßstab bietet sich eine umfassende *Rechtsfolgenbetrachtung* an, also eine Auseinandersetzung mit der Frage, welche Auswirkungen die Nichtbeachtung der Vorgaben aus den §§ 81, 84 SGB IX für den Arbeitgeber haben kann.

Begründen lässt sich diese Herangehensweise mit der folgenden, bereits in der Einleitung erwähnten These: Je höher die anhand der Rechtsfolgenbetrachtung zu bemessende Wahrscheinlichkeit ist, dass Arbeitgeber die kündigungspräventiven Vorschriften der §§ 81, 84 SGB IX beachten, desto höher ist auch die Wahrscheinlichkeit, dass diese ihre bezweckte kündigungspräventive Wirkung entfalten, also arbeitgeberseitige Kündigungen vermieden und Arbeitsplätze zugunsten schwerbehinderter Arbeitnehmer erhalten werden können.

Dass die Rechtsfolgen der Nichtbeachtung einer Norm Auswirkungen auf das Verhalten des Arbeitgebers haben und damit als Bewertungsmaßstab für die Effektivität der Vorschriften herangezogen werden können, bestätigt

Pfarr/Bothfeld/Kaiser/Kimmich/Peucker/Ullmann, BB 2004, S. 325, (325 ff.); vgl. ferner eine Studie des Instituts für Arbeitsmarkt und Berufsforschung der Bundesagentur für Arbeit, dazu *Bauer/Bender/Bonin*, IAB Kurzbericht Nr. 15/2004, veröffentlicht im Internet unter <http://doku.iab.de/kurzber/2004/kb1504.pdf>, (letzter Abruf am 30. 10. 2010); vgl. ferner *Bothfeld/Ullmann*, WSI-Mitteilungen 2004, S. 262, (262 ff.) zu den Ergebnissen einer Befragung von Personalverantwortlichen; *Schramm/Schlese*, Management Revue 2007, S. 322, (322 ff.) zu den Ergebnissen einer Befragung von Personalverantwortlichen aus dem Jahr 2007.

sich gerade bei der Beschäftigung schwerbehinderter Arbeitnehmer. So führt die fehlende Sanktionierung der Nichteinhaltung der Beschäftigungspflichtquote durch einen entsprechenden Einstellungsanspruch betroffener Schwerbehinderter in der Praxis dazu, dass die Mehrheit der Arbeitgeber die Pflichtquote nicht erfüllt und es vorzieht, pro nicht besetztem Arbeitsplatz die nach § 77 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 1 SGB IX fällige Ausgleichsabgabe zu zahlen.²⁷⁸

Hieraus lässt sich im Umkehrschluss folgern, dass die Einhaltung bestimmter Vorschriften und damit die praktische Wirksamkeit der von ihnen verfolgten Ziele umso eher gewährleistet sein wird, je mehr Durchsetzungsmöglichkeiten gegenüber dem Arbeitgeber im laufenden Arbeitsverhältnis bestehen bzw. je einschneidender die Folgen der Nichtbeachtung der Vorschriften für den Arbeitgeber sind.

Ausgehend von dieser These soll daher nachfolgend untersucht werden, welche individual- und kollektivrechtlichen Möglichkeiten im laufenden Arbeitsverhältnis zur Durchsetzung der in § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX geregelten besonderen Beschäftigungspflichten sowie der in § 84 SGB IX normierten Verfahren bestehen. Ferner soll untersucht werden, welche rechtlichen Folgen die Nichtbeachtung der §§ 81 Abs. 4, Abs. 5, 84 SGB IX auf das Recht des Arbeitgebers hat, einem schwerbehinderten Arbeitnehmer aus Gründen zu kündigen, auf deren Vermeidung die Vorschriften ausgerichtet sind.

²⁷⁸ Vgl. *Frick*, Interne Arbeitsmärkte und betriebliche Schwerbehindertenbeschäftigung, S. 15 ff.; GK-SGB IX/*Großmann*, Band 2, § 71, Rn. 154 ff.; zu diesem Ergebnis gelangt auch *Harmsen*, der mit Bezug auf eine 1980 durchgeführte, bundesweite Arbeitgeberbefragung betont, dass die meisten Arbeitgeber es problemloser finden, die Ausgleichsabgabe zu zahlen als einen Schwerbehinderten einzustellen, vgl. *Harmsen*, Arbeitgeberverpflichtungen im Schwerbehindertengesetz, S. 56 ff.

B. Möglichkeiten zur Durchsetzung der Pflichten aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX und aus § 84 SGB IX

I. Einführung

In der Praxis hängt die Effektivität der von § 81 SGB IX bzw. § 84 SGB IX angestrebten Kündigungsprävention maßgeblich davon ab, dass der Arbeitgeber seinen besonderen Pflichten bei der Beschäftigung schwerbehinderter Arbeitnehmer auch nachkommt.

Da die Umsetzung der Vorgaben aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX im Betrieb kostenintensiv und auch organisatorisch einen hohen Umgestaltungsbedarf mit sich bringen kann, besteht die Gefahr, dass sich viele Arbeitgeber nicht oder nicht hinreichend um eine behinderten- und fähigkeitsgerechte Beschäftigung bemühen bzw. diese als unverhältnismäßig oder unzumutbar zurückweisen.²⁷⁹ Gleiches gilt für das Präventionsverfahren und das BEM, deren Durchführung im Vorfeld einer Kündigung ebenfalls einen vermehrten organisatorischen Aufwand erfordert sowie aufgrund der Zeitintensität dieser Verfahren zu einer erhöhten Kostenbelastung führen kann.

Vor diesem Hintergrund sind für die Effektivität der von §§ 81, 84 SGB IX angestrebten Kündigungsprävention sowohl die individualrechtlichen Durchsetzungsmöglichkeiten der Arbeitnehmer als auch die kollektivrechtlichen Durchsetzungsmöglichkeiten der betrieblichen Interessenvertretungen von Bedeutung.

Der Schwerpunkt der nachfolgenden Betrachtung liegt auf den kollektivrechtlichen Durchsetzungsmöglichkeiten von Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung. Denn im Bereich des betrieblichen Gesundheitsschutzes ist empirisch belegt, dass die Durchsetzungsmöglichkeiten der betrieblichen Interessenvertretungen für die Beachtung von Vorschriften und damit für deren praktische Wirksamkeit eine wichtige Rolle spielen. Das Niveau des betrieblichen Gesundheitsschutzes ist nachweislich umso höher, je entwickelter die Artikulation und die Interessenvertretung der Be-

²⁷⁹ Vgl. hierzu beispielsweise den der Entscheidung des BAG vom 23. 1. 2001 zugrundeliegenden Fall, in dem sich der Arbeitgeber sogar durch Einholung einer sachverständigen Beurteilung im Ergebnis zu Unrecht seinen Pflichten aus § 81 SGB IX entziehen wollte, vgl. BAG, Urteil vom 23. 1. 2001, NZA 2001, S. 1020, (1020 ff.).

legschaft ist.²⁸⁰ Gleiches kann auch für den Bereich der Kündigungsprävention angenommen werden. Je mehr Durchsetzungsmöglichkeiten Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung im Hinblick auf die §§ 81 Abs. 4, Abs. 5, 84 SGB IX haben, desto höher ist die Wahrscheinlichkeit, dass die Vorschriften vom Arbeitgeber beachtet werden und diese ihre gewünschte kündigungspräventive Wirkung entfalten können und der Ausspruch von Kündigungen tatsächlich vermieden werden kann.

II. Individualrechtliche Durchsetzungsmöglichkeiten

1. Erfüllungsanspruch des Arbeitnehmers

Zur Durchsetzung der Pflichten aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX und § 84 SGB IX hat der schwerbehinderte Arbeitnehmer bei Untätigkeit des Arbeitgebers zunächst einen individualrechtlichen Erfüllungsanspruch.

Dieser Erfüllungsanspruch ergibt sich bei § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX unmittelbar aus der Fassung des Gesetzes, welches das Bestehen eines Anspruchs der schwerbehinderten Menschen ausdrücklich betont (*„Die schwerbehinderten Menschen haben gegenüber ihren Arbeitgebern Anspruch auf (...)“*). Aber auch § 84 SGB IX begründet einen Erfüllungsanspruch des Arbeitnehmers, selbst wenn der Wortlaut der Norm nicht ausdrücklich von einem Anspruch des schwerbehinderten Menschen spricht, sondern umgekehrt nur die Verhaltenspflicht des Arbeitgebers betont (*„Der Arbeitgeber schaltet (...) ein (...)“* bzw. *„(...) klärt der Arbeitgeber (...)“*). Ähnlich wie bei § 618 BGB, der ebenfalls nach dem Wortlaut nur eine Verpflichtung des Dienstberechtigten zu Vornahme von Arbeitsschutzmaßnahmen begründet, lässt sich der Erfüllungsanspruch des Arbeitnehmers auf Durchführung eines Präventionsverfahrens bzw. BEM aus dem allgemeinen Beschäftigungsanspruch nach § 611 BGB ableiten.

Im Zusammenhang mit § 618 BGB ist anerkannt, dass der allgemeine Beschäftigungsanspruch nicht nur die Beschäftigung als solche erfasst, sondern auch eine Beschäftigung zu den vertraglich vereinbarten Bedingungen.²⁸¹ Als notwendiger Teilaspekt gehört hierzu nach ganz überwiegender Ansicht auch die Einhaltung der Schutzpflichten durch den Dienstberechtigten im Hinblick auf die ihm zuzurechnenden Gefahren für Leben und

²⁸⁰ Zipprich, Prävention arbeitsbedingter Erkrankungen durch manuelles Handhaben von Lasten, S. 103 ff. m. w. Nw.

²⁸¹ Staudinger/Oetker, BGB, § 618 BGB, Rn. 164 m. w. Nw.

Gesundheit, denen der Dienstverpflichtete im Zusammenhang mit der Dienstverpflichtung ausgesetzt ist. Daher wird der Erfüllungsanspruch des Arbeitnehmers auf Einhaltung der in § 618 BGB normierten Pflichten als akzessorischer Bestandteil des allgemeinen Beschäftigungsanspruches verstanden.²⁸²

Dieser Begründungsansatz kann auch auf die Pflicht des Arbeitgebers zur Durchführung eines Präventionsverfahrens bzw. BEM übertragen werden. Anders als § 81 Abs. 4 und Abs. 5 SGB IX bzw. § 618 BGB regelt § 84 SGB IX zwar nicht die Frage, wie ein schwerbehinderter Arbeitnehmer konkret an seinem Arbeitsplatz zu beschäftigen ist. § 84 SGB IX steht mit den besonderen Beschäftigungspflichten des Arbeitgebers aus §§ 81 SGB IX, 618 BGB aber in einem untrennbaren Zusammenhang. Dies ergibt sich aus der Zwecksetzung der Norm. § 84 SGB IX verpflichtet den Arbeitgeber zur Durchführung eines Präventionsverfahrens bzw. BEM, um zu klären, wie u.a. unter Berücksichtigung der besonderen Beschäftigungspflichten aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX (bzw. aus § 618 BGB) eine unge störte Weiterbeschäftigung des schwerbehinderten Arbeitnehmers erreicht werden kann. Die Verfahren nach § 84 SGB IX bieten somit den passenden Rahmen für die Erfüllung der besonderen Beschäftigungspflichten aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX bzw. aus § 618 BGB.

Daher kann auch die Pflicht des Arbeitgebers zur Durchführung eines Präventionsverfahrens bzw. BEM als akzessorischer Bestandteil des allgemeinen Beschäftigungsanspruches aus § 611 BGB bzw. des besonderen Beschäftigungsanspruches aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX angesehen werden. Entsprechend hat der betroffene Arbeitnehmer bei Nichtbeachtung des § 84 SGB IX auch einen Erfüllungsanspruch auf Durchführung eines Präventionsverfahrens bzw. BEM. Diesen Erfüllungsanspruch kann der betroffene schwerbehinderte Arbeitnehmer, ebenso wie den besonderen Beschäftigungsanspruch aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX gerichtlich geltend machen und den Arbeitgeber ggf. im Wege der Zwangsvollstreckung zur Einhaltung seiner Pflichten bewegen.²⁸³

Dem Erfüllungsanspruch des Arbeitnehmers aus § 84 SGB IX kann auch nicht entgegengehalten werden, dass § 84 SGB IX keine (einklagbaren)

²⁸² MüKo/Henssler, § 618 BGB, Rn. 86; Staudinger/Oetker, a.a.O. (Fn. 281).

²⁸³ Zur gerichtlichen Durchsetzungsmöglichkeit der Ansprüche aus § 81 SGB IX Erfurter Kommentar/Rolfs, § 81 SGB IX, Rn. 10.; Neumann/Pahlen/Majerski-Pahlen/Neumann, SGB IX, § 81, Rn. 25, m. w. Nw.

Pflichten des Arbeitgebers begründet, sondern nur einen unverbindlichen Appell an den Arbeitgeber normiert.²⁸⁴ Gegen eine Einordnung des § 84 SGB IX als unverbindlichen Appell spricht schon die vom Gesetzgeber gewählte Formulierung im Indikativ („*Der Arbeitgeber schaltet (...) ein (...)*“ bzw. „*(...) klärt der Arbeitgeber (...)*“). Diese lässt darauf schließen, dass der Gesetzgeber davon ausgegangen ist, dass der Arbeitgeber stets die vorgegebenen Verfahren initiiert. Dies kann aber nur dann angenommen werden, wenn der Arbeitgeber eine ihm vorgegebene Pflicht befolgt.²⁸⁵ Zudem ist auch in anderen Vorschriften mit Bezug auf § 84 SGB IX sowie in der Begründung des Gesetzgebers von einer Verpflichtung des Arbeitgebers die Rede.²⁸⁶

Die für die Einführung eines BEM in § 84 Abs. 3 SGB IX vorgesehene Fördermöglichkeit durch Prämien oder Boni mag zwar zumindest in Bezug auf das BEM die Vermutung der Unverbindlichkeit nahe legen, weil eine Pflicht, die es kraft Gesetzes zu erfüllen gilt, an sich nicht belohnt werden bräuchte.²⁸⁷ Diese Vermutung geht jedoch fehl, denn der Arbeitgeber wird nach § 84 Abs. 3 SGB IX nicht für die Durchführung sondern für die Einführung eines BEM gefördert. Als Einführung eines BEM kann in diesem Sinne aber nicht schon jedes vom Arbeitgeber eingeleitete Verfahren verstanden werden. Mit dem Begriff der Einführung eines BEM

²⁸⁴ So aber *Namendorf/Natzel*, DB 2005, S. 1794, (1796), *Stahlhacke/Preis/Vossen/Preis*, 2. Abschnitt, § 2, Rn. 1230, die von einer sanktionslosen Verpflichtung mit appellativem Charakter sprechen; a.A. die h. M. in Rechtsprechung und Literatur, die häufig stillschweigend eine Pflicht des Arbeitgebers annimmt, vgl. BAG, Urteil vom 12. 7. 2007, NZA 2008, S. 173, (176); LAG Berlin, Urteil vom 27. 10. 2005, NZA-RR 2006, S. 184, (185); LAG Niedersachsen, Urteil vom 25. 10. 2006, BB 2007, S. 719, (722); ArbG Lübeck, Urteil vom 24. 11. 2005, 1 Ca 1738/05, veröffentlicht bei *Juris*; *Britschgi*, AiB 2005, S. 284, (285); *Gagel*, NZA 2004, S. 1359, (1359); *Schian/Gagel/Dalitz/Schian*, iqpr-Forum B, Diskussionsbeitrag Nr. 5/2006, S. 4, veröffentlicht im Internet unter http://www.iqpr.de/iqpr/seiten/diskussionsforen/forumb/forum-b-de.asp#B5_2006, (letzter Abruf am 12. 10. 2010); *Schlewing*, ZfA 2005, S. 485, (486, 487); *Welti*, NZS 2006, S. 623, (625 ff.).

²⁸⁵ So auch LAG Niedersachsen, a.a.O. (Fn. 284); *Brose*, DB 2005, S. 390, (391); a.A.: *Namendorf/Natzel*, die meinen, die Formulierung in § 84 Abs. 2 SGB IX erweise sich lediglich als Legaldefinition des BEM, gebe dem Arbeitgeber also einen Handlungsplan an die Hand, woraus sich aber keine Rechtspflicht ableiten lasse, vgl. *Namendorf/Natzel*, DB 2005, S. 1794, (1796).

²⁸⁶ Vgl. § 93 Satz 2 SGB IX und § 95 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB IX sowie die Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Ausbildung und Beschäftigung schwerbehinderter Menschen vom 21. 10. 2003, BT-DS 15/1783, S. 16.

²⁸⁷ So zutreffend *Brose*, DB 2005, S. 390, (391); *Namendorf/Natzel*, DB 2005, S. 1794, (1796); *Welti*, NZS 2006, S. 623, (628).

kann nur der Fall gemeint sein, dass der Arbeitgeber ein betriebseinheitliches Konzept zur Förderung der Gesundheit und zur Beseitigung krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit entwickelt hat, das bei jeder länger als sechs Wochen bestehenden Arbeitsunfähigkeit nach einheitlichen Vorgaben und Leitlinien eingeleitet und durchgeführt wird.²⁸⁸

Die Förderung der Einführung eines solchen betriebseinheitlichen Konzepts, gegebenenfalls in Form einer Integrations- bzw. Betriebsvereinbarung, macht auch Sinn, weil durch Festlegung einheitlicher Leitlinien die Kooperation mit den verschiedenen in § 84 Abs.2 SGB IX genannten Stellen reibungsloser gestaltet und damit die betriebliche Gesundheitsförderung zugunsten der Arbeitnehmer effektiviert werden kann.²⁸⁹ Bezieht sich die Fördermöglichkeit des § 84 Abs. 3 SGB IX aber lediglich auf die Einführung eines betriebseinheitlichen BEM-Konzeptes, steht sie der Annahme einer Verpflichtung des Arbeitgebers zur Durchführung eines BEM nicht entgegen.

Damit bleibt festzuhalten, dass es sich bei der Vorschrift des § 84 SGB IX nicht nur um einen unverbindlichen Appell, sondern um eine individuelle Rechtspflicht des Arbeitgebers handelt.²⁹⁰ Die von der Untätigkeit des Arbeitgebers betroffenen Arbeitnehmer haben somit, wie in Bezug auf die Pflichten aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX einen (gerichtlich

²⁸⁸ In diesem Sinne auch *Schlewing*, die aus dem Begriff *Betriebliches Eingliederungsmanagement* ableiten will, dass der Gesetzgeber den Arbeitgeber nicht zur Durchführung von Präventionseinzelverfahren verpflichten wollte, sondern zur Schaffung eines gesamtstrategischen Ansatzes im Sinne einer allgemeinen Verfahrensregelung, vgl. *Schlewing*, ZfA 2005, S. 485, (496); ob dies überzeugen kann, soll hier dahinstehen, jedenfalls kann aber für die Fördermöglichkeit nach § 84 Abs. 3 SGB IX als Bezugspunkt nur die Einführung eines derartigen betriebseinheitlichen Konzepts in Betracht kommen; in diesem Sinne wohl auch *Gagel*, NZA 2004, S. 1359, (1359); *Lachwitz/Schellhorn/Welti*, HK-SGB IX, § 84, Rn. 39 ff.; *Welti*, NZS 2006, S. 623, (628).

²⁸⁹ Welchen positiven Nutzen die Einführung eines betriebseinheitlichen Konzeptes haben kann, belegt eine Studie des Integrationsamts der Regierung Oberpfalz über ein Pilotprojekt im BMW-Werk Regensburg, in dessen Rahmen ein betriebseinheitliches Konzept zur Durchführung eines BEM eingeführt wurde; vgl. zu den Ergebnissen der Studie *Magin/Schnetter*, br 2005, S. 52, (52 ff.).

²⁹⁰ *Welti* vertritt die Ansicht, dass diese Rechtspflicht wegen ihrer gesetzessystematischen Stellung im SGB IX als Teil des öffentlichen-Rechts anzusehen ist, die in das Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer transformiert wird, vgl. *Welti*, NZS 2006, S. 623, (625); ob dies zutreffend ist, kann hier dahinstehen; entscheidend ist vorliegend allein, dass der Arbeitgeber zur Durchführung der Verfahren nach § 84 SGB IX verpflichtet ist.

durchsetzbaren) Anspruch auf Durchführung der in § 84 SGB IX normierten Verfahren.

Trotz der somit bestehenden Möglichkeit einer gerichtlichen Geltendmachung der Ansprüche aus §§ 81 Abs. 4, Abs. 5, 84 SGB IX ist die verhaltenssteuernde Wirkung der Erfüllungsansprüche und damit auch deren Einfluss auf die Effektivität der von den Vorschriften angestrebten Kündigungsprävention im laufenden Arbeitsverhältnis als gering einzustufen. Denn die Geltendmachung eines Anspruchs zur fähigkeits- und behindertengerechten Beschäftigung bzw. zur Durchführung eines Präventionsverfahrens bzw. BEM setzt notwendigerweise voraus, dass der schwerbehinderte Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber offenbaren muss, dass er den Anforderungen seines Arbeitsplatzes nicht mehr gerecht werden kann. Dies begründet für den Arbeitnehmer das Risiko, dass der Arbeitgeber Nachforschungen hinsichtlich der verbleibenden Leistungsfähigkeit anstellt und die ihm zu Teil gewordenen Informationen ggf. für die Begründung einer späteren Kündigung nutzt.

Diese potentiellen Nachteile, die mit der Offenbarung einer nachlassenden Leistungsfähigkeit und dem Bedürfnis nach Anpassungsmaßnahmen verbunden sind, werden schwerbehinderte Arbeitnehmer in der Praxis häufig davon abhalten, im noch ungestörten Arbeitsverhältnis ihre Rechte aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX bzw. aus § 84 SGB IX geltend zu machen. Auf mögliche Anpassungs- oder Umgestaltungsmaßnahmen werden Arbeitnehmer voraussichtlich erst Anspruch erheben, wenn es für primärpräventive, risikominimierende Maßnahmen bereits zu spät ist, weil es schon zum Eintritt kündigungsrelevanter Schwierigkeiten gekommen ist.²⁹¹

Hinzukommt bei § 81 Abs. 4 SGB IX die Schwierigkeit, gegenüber dem Arbeitgeber eine ganz bestimmte Form der Beschäftigung durchzusetzen. § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX verpflichtet den Arbeitgeber nur allgemein zur behinderten- und fähigkeitsgerechten Beschäftigung eines schwerbehinderten Arbeitnehmers, nicht aber dazu, auf den konkreten Vorschlag des Arbeitnehmers einzugehen. Will also der schwerbehinderte Arbeitnehmer zum Beispiel eine Beschäftigung nur an fünf statt sechs Arbeitstagen pro Woche erreichen oder eine Ausnahme von Nacht- und Feiertagsarbeit, muss er konkret darlegen, dass seine behinderungsbedingten Beeinträchti-

²⁹¹ In der Praxis tritt häufig die Situation auf, dass bereits leistungsgewandelte Arbeitnehmer erst auf Veranlassung ihres Arztes die Frage nach einer leidensgerechten Beschäftigung ansprechen, vgl. hierzu *Stück*, br 2007, S. 89, (89 ff.).

gungen dies erforderlich machen.²⁹² Auch dies erschwert in der Praxis die Durchsetzbarkeit der Ansprüche aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX und mindert damit ihren verhaltenssteuernden Effekt.

2. Leistungsverweigerungsrechte des Arbeitnehmers

Als weiteres, in der Praxis als wenig effektiv zu beurteilendes Durchsetzungsinstrument ist die Möglichkeit des schwerbehinderten Arbeitnehmers zu nennen, bei nicht behinderten- bzw. fähigkeitsgerechter Beschäftigung die Arbeitsleistung zu verweigern.

Voraussetzung des Leistungsverweigerungsrechts, das zum Teil auf § 273 BGB, zum Teil auf § 275 Abs. 3 BGB gestützt wird, ist, dass die Erbringung der Arbeitsleistung unter den gegebenen Umständen für den schwerbehinderten Arbeitnehmer eine erhebliche objektive Gesundheitsgefahr begründen würde bzw. dass zumindest der ernsthafte, objektiv begründete Verdacht für eine derartige Gefahr besteht.²⁹³

Im Einzelnen soll hierauf nicht weiter eingegangen werden, da sich der schwerbehinderte Arbeitnehmer mit der Leistungsverweigerung stets dem Risiko aussetzt, dass der Arbeitgeber diese für unberechtigt hält und die Fortzahlung der Vergütung verweigert bzw. sogar eine Abmahnung oder verhaltensbedingte Kündigung in Erwägung zieht.²⁹⁴ Es ist daher davon auszugehen, dass schwerbehinderte Arbeitnehmer im ungestörten Arbeitsverhältnis selten von ihrem Leistungsverweigerungsrecht Gebrauch machen, um eine behinderten- oder fähigkeitsgerechte Beschäftigung durchzusetzen.

Festzuhalten ist, dass für die individuelle Durchsetzung der Arbeitgeberpflichten aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX bzw. aus § 84 SGB IX dem Arbeitnehmer zwar Möglichkeiten zur Seite gestellt sind, bei deren Wahrnehmung eine behinderten- und fähigkeitsgerechte Beschäftigung bzw. die Durchführung eines Präventionsverfahrens oder BEM durchgesetzt werden

²⁹² BAG, Urteil vom 3. 12. 2002, NZA 2004, S. 1219, (1222).

²⁹³ Vgl. hierzu *Stück*, br 2007, S. 89, (91); im Zusammenhang mit den arbeitsschutzrechtlichen Pflichten auch *Faber*, Die arbeitsschutzrechtlichen Grundpflichten, S. 444 ff.; a.A. MüArbR/*Kohte*, Band 2, § 291, Rn. 22, der ein Leistungsverweigerungsrecht der Arbeitnehmer gemäß § 273 BGB bei einem Verstoß des Arbeitgebers gegen seine arbeitsschutzrechtlichen Pflichten unabhängig davon bejaht, ob es zu einer konkreten Gefahren- oder Gefährdungslage für die Arbeitnehmer gekommen ist.

²⁹⁴ Hierzu auch *Faber*, Die arbeitsschutzrechtlichen Grundpflichten, S. 446 und S. 458.

kann. Allerdings sind diese Möglichkeiten in der Praxis als wenig effektive Steuerungsmittel zur Durchsetzung eines rechtmäßigen Arbeitgeberverhaltens einzustufen. Die Nutzung der individualrechtlichen Durchsetzungsmöglichkeiten kann zu einer Belastung des Vertrauensverhältnisses zum Arbeitgeber führen, die den Arbeitnehmer regelmäßig davon abhalten wird, seine Rechte geltend zu machen, solange dies nicht zwingend notwendig ist.

3. Schadensersatzansprüche des Arbeitnehmers

Bei Missachtung der besonderen Beschäftigungspflichten aus § 81 Abs. 4 SGB IX kann der betroffene Arbeitnehmer ferner einen Schadensersatzanspruch gegenüber dem Arbeitgeber haben. Dieser ergibt sich aus § 280 BGB und § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 81 Abs. 4 SGB IX, soweit dem Arbeitgeber ein Verschulden bei der Nichteinhaltung der präventiven Bestimmungen nachgewiesen werden kann.²⁹⁵

Allerdings ist auch diese Möglichkeit zur Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen in der Praxis als wenig effektives Steuerungsmittel zur Beeinflussung des Arbeitgeberverhaltens einzustufen. Auch hier wird der schwerbehinderte Arbeitnehmer regelmäßig zögern, im noch ungestörten Arbeitsverhältnis von seinen Rechten Gebrauch zu machen, um das Vertrauensverhältnis zum Arbeitgeber nicht zu gefährden.²⁹⁶

Allerdings können Schadensersatzansprüche, unabhängig von ihrer Geltendmachung, aufgrund ihrer bloßen Existenz eine verhaltenssteuernde, präventive Wirkung entfalten. Denn Arbeitgeber, die sich im Falle der Nichtumsetzung bestimmter Vorschriften einer Schadensersatzpflicht ausgesetzt sehen, werden ihren gesetzlichen Pflichten eher nachkommen, als wenn ihr Fehlverhalten entschädigungslos vom Arbeitnehmer hingenom-

²⁹⁵ Vgl. weitergehend zum Schadensersatzanspruch des schwerbehinderten Arbeitnehmers BAG, Urteil vom 10. 7. 1991, BAGE 68, S. 141, (149 ff.); BAG, Urteil vom 3. 12. 2002, NZA 2003, S. 1215, (1216 ff., 1218); BAG, Urteil vom 4. 10. 2005, BAGE 116, S. 121, (126 ff.); Erfurter Kommentar/Rolfs, § 81 SGB IX, Rn. 10; Stück, br 2007, S. 89, (96); Neumann/Pahlen/Majerski-Pahlen/Neumann, SGB IX, § 81, Rn. 30.

²⁹⁶ Diese Einschätzung teilt auch Faber, der im Zusammenhang mit der Durchsetzung arbeitsschutzrechtlicher Bestimmungen der individualrechtlichen Rechtsdurchsetzung eine relativ geringe Bedeutung zuspricht und dies unter anderem damit begründet, dass die Geltendmachung individueller Ansprüche in tatsächlicher Hinsicht mit einer Belastung des Arbeitsverhältnisses verbunden sei, vgl. Faber, Die arbeitschutzrechtlichen Grundpflichten, S. 405.

men werden muss.²⁹⁷ Diese verhaltenssteuernde Wirkung ist aber ebenfalls nur als eingeschränkt zu bewerten, da sie wiederum nur eintreten kann, wenn der Arbeitgeber bereits Erfahrungen mit der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen im Zusammenhang mit § 81 Abs. 4 SGB IX gesammelt hat.

III. Kollektivrechtliche Durchsetzungsmöglichkeiten

Angesichts der im vorhergehenden Abschnitt prognostizierten Schwachstelle individualrechtlicher Rechtsdurchsetzung stellt sich die Frage, inwieweit die betrieblichen Interessenvertretungen den Arbeitgeber zur Beachtung der präventiven Pflichten aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX und § 84 SGB IX anhalten können.

Nicht in die Erwägungen miteinbezogen sind die Einflussnahmemöglichkeiten von Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung im Rahmen der Anhörungsverfahren nach § 102 BetrVG bzw. § 95 Abs. 2 SGB IX. Diese betreffen einen Bereich, in dem es bereits zum Eintritt kündigungsrelevanter Schwierigkeiten gekommen ist und der Arbeitgeber den Ausspruch einer Kündigung beabsichtigt. Inwieweit hier die betrieblichen Interessenvertretungen den Arbeitgeber zur Einhaltung der Pflichten aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX und § 84 SGB IX anhalten können, wird im Zusammenhang mit den Auswirkungen erörtert, die eine Nichtbeachtung der genannten Vorschriften auf das Kündigungsrecht des Arbeitgebers haben kann.

Der Fokus der vorliegenden Auseinandersetzung richtet sich dagegen auf den der Kündigungsentscheidung noch vorgelagerten Bereich, in dem über eine möglichst frühzeitige Intervention im Sinne der §§ 81, 84 SGB IX verhindert werden soll, dass bereits eingetretene Schwierigkeiten zu einem Kündigungsgrund werden. Für die Frage, wie effektiv dies erreicht werden kann, ist zu untersuchen, ob und auf welche Weise schon im Vorfeld kündigungsrelevanter Schwierigkeiten, auf betrieblicher Ebene, die Einhaltung der §§ 81, 84 SGB IX sichergestellt werden kann. Lassen sich hier kollektivrechtliche Durchsetzungsmöglichkeiten von Betriebsrat und/oder Schwerbehindertenvertretung feststellen, würde dies die Effektivität der Vorschriften steigern. Denn zum einen könnten die Pflichten aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX bzw. aus § 84 SGB IX auf diese Weise auch

²⁹⁷ Vgl. zu diesem Aspekt umfassend *Wagner*, AcP 206, S. 352, (451 ff.).

gegen den Willen des Arbeitgebers durchgesetzt werden. Zum anderen wäre angesichts dessen auch die freiwillige Beachtung der Vorschriften durch den Arbeitgeber wahrscheinlicher.

1. Durchführungsanspruch von Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung

Ausgehend von der bereits einleitend hervorgehobenen Bedeutung kollektivrechtlicher Durchsetzungsmöglichkeiten ist zunächst zu prüfen, ob Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung einen (kollektivrechtlichen) Anspruch auf Umsetzung der Vorgaben aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX bzw. auf Durchführung der in § 84 SGB IX normierten Verfahren haben.

a. Anspruch aus der Pflicht zur Überwachung und Kontrolle des Arbeitgebers

Ein kollektivrechtlicher Durchführungsanspruch von Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung auf Umsetzung der Vorgaben aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX bzw. auf Durchführung der in § 84 SGB IX normierten Verfahren lässt sich möglicherweise aus der im SGB IX und im Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) geregelten Aufgabe von Schwerbehindertenvertretung und Betriebsrat zur Überwachung und Kontrolle des Arbeitgebers herleiten. Die Regelungen in §§ 93 Satz 2, 95 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB IX und in § 80 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. Abs. 1. Nr. 4 BetrVG schreiben ausdrücklich vor, dass Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung darüber zu wachen haben, dass die zugunsten schwerbehinderter Menschen geltenden Gesetze, insbesondere die dem Arbeitgeber nach den §§ 71, 72 und §§ 81 bis 84 SGB IX obliegenden Verpflichtungen erfüllt werden. Nach der gesetzlichen Konzeption der genannten Vorschriften ist den Überwachungs- und Kontrollpflichten des Betriebsrats und der Schwerbehindertenvertretung jedoch kein Recht zur Seite gestellt, die Missachtung der §§ 71, 72, 81 und 84 SGB IX angemessen zu sanktionieren. Die Rechte von Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung bleiben nach allgemeiner Ansicht darauf beschränkt, den Arbeitgeber auf Verstöße, die sie aufgedeckt haben, aufmerksam zu machen und sich zu bemühen, auf gutlichem Weg Abhilfe zu erreichen.

Weigert sich der Arbeitgeber trotz des Hinweises von Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung, einen schwerbehinderten Arbeitnehmer nach Maßgabe des § 81 Abs. 4 SGB IX zu veränderten Arbeitsbedingungen zu

beschäftigen oder ein Präventionsverfahren bzw. BEM durchzuführen, sind dem Betriebsrat und der Schwerbehindertenvertretung die Hände gebunden. Die betrieblichen Interessenvertretungen haben korrespondierend zu ihrer Überwachungspflicht gegenüber dem Arbeitgeber nach allgemeiner Ansicht keinen gerichtlich durchsetzbaren Anspruch auf Einhaltung und Durchführung der zum Schutze schwerbehinderter Arbeitnehmer bestehenden Vorschriften.²⁹⁸ Sie können daher auf Grundlage ihrer Überwachungspflichten gegen den Willen des Arbeitgebers letztlich nicht durchsetzen, dass der Arbeitgeber seinen Pflichten zur behinderten- und fähigkeitsgerechten Beschäftigung Schwerbehinderter bzw. zur Durchführung der in § 84 SGB IX normierten Verfahren tatsächlich nachkommt.

b. Anspruch aus §§ 84 und 81 SGB IX selbst

Zu prüfen ist, ob sich aus den durchzusetzenden Vorschriften selbst, also aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX bzw. aus § 84 SGB IX ein kollektivrechtlicher Durchführungsanspruch von Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung ergibt.

aa. Anspruch aus § 84 Abs. 2 SGB IX

Nach § 84 Abs. 2 Satz 6 SGB IX können die betrieblichen Interessenvertretungen *die Klärung verlangen*. Hierdurch wird dem Betriebsrat und der Schwerbehindertenvertretung ein gerichtlich durchsetzbarer Anspruch auf Einleitung und Durchführung eines BEM zugesprochen. Dieser Anspruch ermöglicht den genannten Stellen, den Arbeitgeber auch gegen seinen Wil-

²⁹⁸ Zum Überwachungsrecht des Betriebsrates: BAG, Beschluss vom 10. 6. 1986, AP Nr. 26 zu § 80 BetrVG 1972, Bl. 262, (Bl. 264 ff.); BAG, Beschluss vom 28. 5. 2002, AP Nr. 39 zu § 87 BetrVG 1972 Ordnung des Betriebes, Bl. 188, (Bl. 194); BAG, Urteil vom 9. 12. 2003, BAGE 109, S. 61, (69); Richardi/*Thüsing*, BetrVG, § 80 BetrVG, Rn. 16 ff.; zum Überwachungsrecht der Schwerbehindertenvertretung: *Fitting*, BetrVG, § 80, Rn. 13 ff.; *Feldes*, Handbuch IV, S. 22; GK-BetrVG/*Weber*, Band 2, § 80, Rn. 28; GK-SGB IX/*Christians*, Band 3, § 95 SGB IX, Rn. 45, 45a; *Zellner*, br 1997, S. 29, (30); a.A. Neumann/Pahlen/Majerski-Pahlen/*Neumann*, SGB IX, § 84, Rn. 16 ff., der offenbar eine Klagebefugnis aus den Überwachungsrechten ableiten will; dem kann indes nicht gefolgt werden, weil dies auf ein umfassendes Mitbestimmungsrecht von Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung hinausliefe; dies wäre mit den numerativ aufgelisteten Mitbestimmungstatbeständen aus §§ 87 ff. BetrVG sowie mit dem Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit aus § 2 Abs. 1 BetrVG und § 99 SGB IX nicht vereinbar; im Ergebnis so auch *Lachwitz/Schellhorn/Welti*, HK-SGB IX, § 95, Rn. 6; ähnlich *Fitting*, BetrVG, § 80, Rn. 14 ff.; im Ergebnis so auch *Nebendahl*, Die Überwachungspflicht des Betriebsrates, S. 18 ff.

len zu dem in § 84 Abs. 2 SGB IX vorgesehenen Klärungsprozess zu verpflichten, wenn der betroffene Arbeitnehmer der Durchführung eines BEM zugestimmt hat.²⁹⁹ Zudem kann der Arbeitgeber bis zum Ausspruch der Kündigung zur Nachholung des BEM verpflichtet werden, notfalls im Wege einer einstweiligen Verfügung.³⁰⁰

Dass § 84 Abs. 2 Satz 6 SGB IX den betrieblichen Interessenvertretungen den dargestellten Durchführungsanspruch einräumt, lässt sich mit der Entstehungsgeschichte der Norm begründen. Nach Einführung des § 84 Abs. 2 SGB IX im Jahr 2000 ist mit der Novellierung der Vorschrift im Jahr 2004 erstmals das in Satz 6 geregelte Recht der betrieblichen Interessenvertretungen auf *Klärung* eingeführt worden.³⁰¹ Hintergrund war, dass die Bundesregierung angesichts der nach wie vor hohen Arbeitslosenzahlen unter schwerbehinderten Menschen es für notwendig erachtete, zur Sicherung der Beschäftigung Schwerbehinderter die Prävention und die Rechte der Schwerbehindertenvertretung über das bestehende Maß hinaus auszubauen.³⁰²

In dem gemäß § 160 SGB IX vorgeschriebenen Bericht der Bundesregierung über die Beschäftigungssituation schwerbehinderter Menschen vom 26. Juni 2003 wurde zudem hervorgehoben, dass § 84 SGB IX bisher nicht zu einer vermehrten präventiven Einschaltung des Integrationsamtes vor der Beantragung der Zustimmung nach § 85 SGB IX geführt habe.³⁰³ Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber mit Einführung des § 84 Abs. 2 Satz 6 SGB IX sicherstellen wollte, dass der Arbeitgeber in den besonders kündigungsrelevanten Fällen der Arbeitsunfähigkeit über einen Durchführungsanspruch der betrieblichen Interessenvertretungen verpflichtet werden kann, ein BEM durchzuführen und das Integ-

²⁹⁹ Einen durchsetzbaren Anspruch bejahen auch LAG Hamm, Beschluss vom 19. 1. 2007, NZA-RR 2007, S. 535, (536) *Düwell*, FS Küttner, S. 139, (152); *Faber*, AiB 2006, S. 553, (557); im Ergebnis wohl auch *Gagel*, NZA 2004, S. 1359, (1359, 1361); *Welti*, NZS 2006, S. 623, (626); *Zorn*, br 2006, S. 42, (45); differenzierend *Balders/Lepping*, NZA 2005, S. 854, (856), die aus dem Recht zur Klärung nur einen Anspruch auf Unterrichtung und Beteiligung im Rahmen des BEM ableiten wollen, die Entscheidung über das *ob* aber in das Belieben des Arbeitgebers stellen wollen.

³⁰⁰ So auch *Müller-Wenner/Schorn*, SGB IX, Teil 2, § 84, Rn. 18.

³⁰¹ Vgl. den Entwurf des Gesetzes zur Förderung der Ausbildung und Beschäftigung schwerbehinderter Menschen vom 21. 10. 2003, BT-DS 15/1783, S. 5, 6.

³⁰² Vgl. den Bericht der Bundesregierung gemäß § 160 SGB IX vom 26. 6. 2003, BT-DS 15/1295, S. 4, S. 37.

³⁰³ Vgl. den Bericht der Bundesregierung gemäß § 160 SGB IX vom 26. 6. 2003, a.a.O. (Fn. 302), S. 26.

rationsamt schon im Vorfeld des Zustimmungsverfahrens zu Rate zu ziehen.

bb. Anspruch aus § 84 Abs. 1 SGB IX

§ 84 Abs. 1 SGB IX normiert, anders als § 84 Abs. 2 SGB IX, kein Recht des Betriebsrates und der Schwerbehindertenvertretung, die Durchführung eines Präventionsverfahrens zu verlangen. Soweit in der Literatur zum Teil vertreten wird, dem Betriebsrat und der Schwerbehindertenvertretung stehe nach § 84 Abs. 1 SGB IX ein kollektivrechtlicher Erörterungsanspruch zu, den beide Interessenvertretungen im Rahmen eines arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahrens durchsetzen könnten,³⁰⁴ kann dem nicht gefolgt werden. Ein solcher Durchführungsanspruch lässt sich dem Wortlaut des § 84 Abs. 1 SGB IX nicht entnehmen. Auch aus der Pflicht des Arbeitgebers, bei Schwierigkeiten im Arbeitsverhältnis eines schwerbehinderten Arbeitnehmers Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung einzuschalten und mit diesen Konfliktlösungsmöglichkeiten zu erörtern, folgt nicht zwangsweise auch ein korrespondierender, gerichtlich durchsetzbarer Anspruch der genannten Interessenvertretungen.³⁰⁵

Zudem gibt es gewichtige Gesichtspunkte, die gegen die Herleitung eines gerichtlich durchsetzbaren Erörterungsanspruches aus § 84 Abs. 1 SGB IX sprechen.³⁰⁶

³⁰⁴ Dau/Düwell/Haines/Düwell, Sozialgesetzbuch IX, § 84 SGB IX, Rn. 67; Düwell, BB 2000, S. 2570, (2572, 2573); Kohte, Gesundheitliche Prävention im Sozialrecht, S. 107, (121); Lachwitz/Schellhorn/Welti, HK-SGB IX, § 84 SGB IX, Rn. 16; Müller-Wenner/Schorn, SGB IX, Teil 2, § 84, Rn. 18; Neumann, Handbuch SGB IX, § 20, Rn. 307 ff.; Schimanski, br 2002, S. 121, (127).

³⁰⁵ Dies ergibt sich daraus, dass nach der Rechtsordnung mit einer Verpflichtung einer Seite nicht stets auch ein Anspruch des Berechtigten verbunden sein muss, was die Existenz sogenannter, gesetzlicher Obliegenheiten belegt; Obliegenheiten verpflichten den durch sie Belasteten, räumen dem Berechtigten aber in der Regel weder einen Erfüllungsanspruch noch eine Klage- und Vollstreckungsmöglichkeit ein, um die Obliegenheit des Verpflichteten durchzusetzen, vgl. MünchKo/Kramer, Band 2 a, Einl., Rn. 50; wie hier argumentierend, allerdings mit Bezug auf die Verpflichtung des Arbeitgebers aus § 83 SGB IX, eine verbindliche Integrationsvereinbarung zu treffen, LAG Hamm, Urteil vom 19. 1. 2007, NZA-RR 2007, S. 535, (535).

³⁰⁶ Die einen solchen Anspruch befürwortende Literatur lässt insgesamt eine Begründung für ihren Ansatz vermissen, vgl. Düwell, BB 2000, S. 2570, (2572, 2573); Lachwitz/Schellhorn/Welti, HK-SGB IX, § 84 SGB IX, Rn. 16; Müller-Wenner/Schorn, SGB IX, Teil 2, § 84, Rn. 18; Neumann, Handbuch SGB IX, § 20, Rn. 307 ff.; Schimanski, br 2002, S. 121, (127).

Zunächst lässt schon die systematische Stellung des § 84 Abs. 1 SGB IX, der sich im 2. Teil des SGB IX im Kapitel 3 befindet, daran zweifeln, dass Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung ein gerichtlich durchsetzbarer Anspruch auf Einleitung eines Präventionsverfahrens und Erörterung zustehen soll. Das Kapitel 3 ist überschrieben mit „*Sonstige Pflichten der Arbeitgeber; Rechte der schwerbehinderten Menschen.*“ Diese Einordnung deutet daraufhin, dass mit § 84 Abs. 1 SGB IX nicht gerichtlich durchsetzbare Beteiligungsrechte der genannten Interessenvertretungen, sondern nur Rechte schwerbehinderter Menschen und Verpflichtungen des Arbeitgebers begründet werden sollten.

Zudem sprechen die Gesetzesmaterialien zur Novellierung des SGB IX im Jahre 2004 sowie der gesetzessystematische Zusammenhang mit § 84 Abs. 2 SGB IX gegen die Herleitung eines kollektivrechtlichen Durchführungsanspruches aus § 84 Abs. 1 SGB IX. Der Gesetzgeber ging ausweislich der Gesetzesbegründung zur Novellierung des SGB IX von der Notwendigkeit aus, zur Sicherung der Beschäftigung behinderter und schwerbehinderter Menschen die Prävention und die Rechte der Schwerbehindertenvertretung ausbauen zu müssen.³⁰⁷ Gleichwohl wurde lediglich im Rahmen des § 84 Abs. 2 SGB IX mit § 84 Abs. 2 Satz 6 SGB IX ein Erörterungsanspruch der Schwerbehindertenvertretung und des Betriebsrates eingeführt. § 84 Abs. 1 SGB IX wurde vom Gesetzgeber dagegen unverändert gelassen.

Hätte aber der Gesetzgeber im Rahmen des Präventionsverfahrens den Interessenvertretungen einen Anspruch auf Durchführung des Verfahrens einräumen wollen, hätte er dies sehr wahrscheinlich – wie in § 84 Abs. 2 Satz 6 SGB IX – ausdrücklich klargestellt. Denn auch in anderen Vorschriften des SGB IX, die den Arbeitgeber zur Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung oder des Betriebsrates verpflichten, sind einklagbare Ansprüche der Interessenvertretungen ausdrücklich im Gesetzeswortlaut hervorgehoben und erlauben eine Unterscheidung zwischen der Verpflichtung des Arbeitgebers einerseits und einem Anspruch der jeweiligen Interessenvertretung auf Beteiligung andererseits.³⁰⁸

³⁰⁷ Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Ausbildung und Beschäftigung schwerbehinderter Menschen vom 21. 10. 2003, BT-DS 15/1783, S. 12.

³⁰⁸ In diesem Sinne auch LAG Hamm, Urteil vom 19. 1. 2007, NZA-RR 2007, S. 535, (536).

So verbindet § 95 Abs. 2 SGB IX mit der Unterrichts- und Anhörungsverpflichtung des Arbeitgebers gegenüber der Schwerbehindertenvertretung in Satz 2 ausdrücklich einen gerichtlich durchsetzbaren Anspruch der Interessenvertretung auf Aussetzung der Vollziehung der ohne Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung getroffenen Entscheidung.³⁰⁹ Auch in § 83 Abs. 1 SGB IX ist neben der Verpflichtung des Arbeitgebers, mit den betrieblichen Interessenvertretungen eine verbindliche Integrationsvereinbarung zu treffen, ausdrücklich geregelt, dass der Schwerbehindertenvertretung bzw. dem Betriebsrat ein Anspruch auf Aufnahme von Verhandlungen zum Abschluss einer Integrationsvereinbarung zusteht.³¹⁰

Schließlich würde die Annahme eines gerichtlich durchsetzbaren Erörterungsanspruches von Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung im Rahmen des § 84 Abs. 1 SGB IX – ohne dass ein solcher in der Norm ausdrücklich geregelt ist – einen Widerspruch zu den bereits genannten gesetzlichen Überwachungspflichten der betrieblichen Interessenvertretungen begründen. Die gesetzlichen Überwachungspflichten von Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung sind, wie eingangs dargelegt, gerade *sanktionslos* konzipiert, erlauben es den genannten Vertretungen also grundsätzlich nicht, die Durchführung des Präventionsverfahrens bzw. des betrieblichen Eingliederungsmanagements gerichtlich durchzusetzen. Würde man der Regelung des § 84 Abs. 1 SGB IX einen *ungeschriebenen*, gerichtlich durchsetzbaren Erörterungsanspruch entnehmen, würde diese Wertung die gesetzliche Konzeption der Überwachungspflichten unterlaufen.

Festzuhalten bleibt danach, dass der Arbeitgeber, der seiner Interventionsverpflichtung nach § 84 Abs. 1 SGB IX nicht nachgekommen ist, von den betriebsinternen Interessenvertretungen nicht zur Nachholung eines Präventionsverfahrens gezwungen werden kann. Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung haben weder aus der ihnen übertragenen Überwa-

³⁰⁹ BAG, Beschluss vom 10. 11. 1992, NZA 1993, S. 376, (378); Hessisches LAG, Beschluss vom 7. 9. 2006, 5 TA BV 185/04, veröffentlicht bei Juris; *Eichenhofer*, ZTR 1994, S. 103, (104); Kossens/von der Heide/Maaß/Kossen, SGB IX, § 95, Rn. 19 ff.; *Müller-Wenner/Schorn*, SGB IX, Teil 2, § 95, Rn. 43; Neumann/Pahlen/Majerski-Pahlen/Pahlen, SGB IX, § 95, Rn. 11a.

³¹⁰ *Bihr/Fuchs/Krauskopf/Lewering/Dopatka/Ritz*, SGB IX, § 83, Rn. 21; Kossens/von der Heide/Maaß/Kossens, SGB IX, § 83, Rn. 5, 6; *Seel*, br 2001, S. 61, (61); v. *Seggern*, AiB 2000, S. 717, (724); ob darüber hinaus auch ein gerichtlich durchsetzbarer Anspruch auf Abschluss einer Integrationsvereinbarung besteht, ist umstritten; dies soll aber hier nicht weiter ausgeführt werden; siehe hierzu die Ausführungen unter: Dritter Teil, B., III., 2., b., bb.

chungsfunktion noch aus § 84 Abs. 1 SGB IX selbst einen gerichtlich durchsetzbaren Erörterungsanspruch gegenüber dem Arbeitgeber.

cc. Anspruch aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX

Wie aus § 84 Abs. 1 SGB IX können die betrieblichen Interessenvertreter auch aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX keinen kollektivrechtlichen Anspruch auf Beachtung und Umsetzung der besonderen Beschäftigungspflichten herleiten. § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX räumt ausdrücklich nur den schwerbehinderten Menschen selbst einen unmittelbaren Anspruch gegenüber dem Arbeitgeber ein. Dies korrespondiert mit der systematischen Stellung der Norm, die – wie § 84 SGB IX – dem Kapitel 3 „*Sonstige Pflichten des Arbeitgebers; Rechte der schwerbehinderten Menschen*“ zugeordnet ist. Angesichts der nach allgemeiner Ansicht sanktionslos ausgestalteten Kontroll- und Überwachungsrechte von Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung kann daher – ohne ausdrückliche Normierung – in § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX kein kollektivrechtlicher Anspruch der betrieblichen Interessenvertreter hineingelesen werden.

c. Zwischenergebnis

Beachtet der Arbeitgeber seine Pflichten aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 bzw. aus § 84 SGB IX nicht, haben Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung nur in Bezug auf das BEM einen gerichtlich durchsetzbaren Anspruch gegenüber dem Arbeitgeber, das bisher unterlassene Klärungsverfahren nachzuholen. In Bezug auf das Präventionsverfahren und die besonderen Pflichten aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX besteht ein solcher Anspruch dagegen nicht. Hier können die betrieblichen Interessenvertretungen nur versuchen, den Arbeitgeber argumentativ zur Umsetzung seiner Pflichten zu bewegen. Dies begründet im Bereich des Präventionsverfahrens und im Bereich der besonderen Beschäftigungspflichten aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX das Risiko, dass die Effektivität der Vorschriften im Verhältnis zu § 84 Abs. 2 SGB IX erheblich gemindert wird. Denn mangels bestehender kollektivrechtlicher Durchführungsansprüche besteht die Gefahr, dass die bezweckte, möglichst frühzeitige Intervention durch den Arbeitgeber nicht erfolgt und damit eine wesentliche Zielsetzung der Normen – nämlich dem Entstehen von Kündigungsgründen schon im Ansatz entgegenzuwirken – nicht erreicht werden kann.

2. Durchsetzung über den Abschluss einer Betriebs- oder Integrationsvereinbarung

Angesichts des festgestellten Durchsetzungsdefizits im Bereich des § 81 Abs. 4, Abs. 5 und des § 84 Abs. 1 SGB IX soll nachfolgend geprüft werden, ob Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung über den Abschluss einer Betriebs- oder Integrationsvereinbarung dafür Sorge tragen können, dass der Arbeitgeber seinen gesetzlichen Pflichten nachkommt und die von §§ 81, 84 SGB IX bezweckte frühzeitige Intervention erfolgt. Voraussetzung hierfür wäre zum einen, dass Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung den Arbeitgeber aus einer Betriebs- bzw. Integrationsvereinbarung auf Umsetzung der in §§ 81, 84 SGB IX normierten Pflichten in Anspruch nehmen können. Zum anderen wäre entscheidend, dass auch gegen den Willen des Arbeitgebers eine solche kollektive Vereinbarung im Betrieb eingeführt werden kann.

a. Durchsetzung über den Abschluss einer Betriebsvereinbarung

aa. Durchführungsanspruch des Betriebsrates aus einer Betriebsvereinbarung

Kommt es zum Abschluss einer Betriebsvereinbarung, in der Betriebsrat und Arbeitgeber Vereinbarungen zur Durchführung eines Präventionsverfahrens oder BEM bzw. zur Arbeitsplatzgestaltung, zur Gestaltung des Arbeitsumfeldes, zur Arbeitsorganisation oder zur Arbeitszeit im Zusammenhang mit der Beschäftigung schwerbehinderter Arbeitnehmer getroffen haben, hat der Betriebsrat gegenüber dem Arbeitgeber nach allgemeiner Ansicht auch einen Anspruch auf Beachtung und Umsetzung dieser Vereinbarungen. Der Betriebsrat kann danach auf Grundlage der Betriebsvereinbarung grundsätzlich verlangen, dass der Arbeitgeber die Vereinbarungen einhält und der Betriebsvereinbarung entgegenstehende Handlungen unterlässt.³¹¹ Diesen Durchführungsanspruch kann der Betriebsrat auch gerichtlich, gegebenenfalls im Wege einer einstweiligen Verfügung unter

³¹¹ BAG, Beschluss vom 24. 2. 1987, BAGE 54, S. 191, (191, 196); BAG, Beschluss vom 10. 11. 1987, BAGE 56, S. 313, (313, 318 ff.); BAG, Beschluss vom 21. 1. 2003, NZA 2003, S. 1097, (1098); BAG, Beschluss vom 18. 1. 2005, AP Nr. 24 zu § 77 BetrVG 1972 Betriebsvereinbarung, Bl. 205, (Bl. 205, Bl. 209 ff.); *Fitting*, BetrVG, § 77, Rn. 227; *Goebel*, Der betriebsverfassungsrechtliche Durchführungsanspruch, S. 17 ff.; *Konzen*, Leistungspflichten, S. 60; MüArbR/*Matthes*, Band 2, § 239, Rn. 70; *Richardi/Richardi*, BetrVG, § 77, Rn. 190 ff., Rn. 219.

Androhung eines Ordnungs- oder Zwangsgeldes, geltend machen.³¹² Es fragt sich aber, worauf genau dieser Durchführungsanspruch gerichtet ist.

Bei § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX führt der kollektivrechtliche Durchführungsanspruch nicht dazu, dass der Betriebsrat den Arbeitgeber im Einzelfall gerichtlich verpflichten lassen kann, bestimmte Maßnahmen zugunsten eines schwerbehinderten Arbeitnehmers zu ergreifen. Der Betriebsrat kann also beispielsweise nicht durchsetzen, dass ein bestimmter Arbeitsplatz mit notwendigen technischen Hilfsmitteln ausgestattet wird oder die Arbeitsaufgaben eines Schwerbehinderten verändert werden. Die Durchsetzung derartiger Einzelmaßnahmen obliegt vielmehr dem jeweils betroffenen Arbeitnehmer. Der Betriebsrat wird durch den Abschluss der Betriebsvereinbarung nicht zum gesetzlichen oder gewillkürten Prozessstandschaftler der Arbeitnehmer berufen. Nach Ansicht von Rechtsprechung und Literatur ist hier zwischen der kollektivrechtlichen und individualrechtlichen Rechtsdurchsetzung zu unterscheiden.³¹³

Begründen lässt sich diese, auch für die Effektivität der von § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX angestrebten Kündigungsprävention bedeutende Einschränkung im Wesentlichen mit den besonderen Voraussetzungen des kollektivrechtlichen Durchführungsanspruches aus einer Betriebsvereinbarung. Dessen Grundlage ist eine kollektivrechtliche Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat. Daher erfordert auch der Durchführungsanspruch einen kollektiven Bezug. Ein derartiger kollektiver Bezug besteht allerdings nicht, wenn im Interesse eines einzelnen Arbeitnehmers bestimmte Leistungen vom Arbeitgeber verlangt werden, auf deren Gewährung der Arbeitnehmer selbst nach § 81 SGB IX einen individualrechtlichen Anspruch hat.³¹⁴ Der Betriebsrat kann auf Grundlage seines Durchführungsanspruches nur die Durchsetzung der anspruchsbegründenden und

³¹² Vgl. zu den verfahrensrechtlichen Schwierigkeiten umfassend *Goebel*, Der betriebsverfassungsrechtliche Durchführungsanspruch, S. 112 ff.

³¹³ BAG, Beschluss vom 18. 1. 2005, AP Nr. 24 zu § 77 BetrVG 1972 Betriebsvereinbarung, Bl. 205, (Bl. 209); Erfurter Kommentar/*Kania*, § 77 BetrVG, Rn. 8; *Goebel*, a.a.O. (Fn. 312), S. 52; *Richardi/Richardi*, BetrVG, § 77, Rn. 219, m. w. Nw.

³¹⁴ So hat die Rechtsprechung dem Durchsetzungsbegehren des Betriebsrates nicht stattgegeben, soweit die Betriebsräte in den einschlägigen Verfahren konkrete Leistungsansprüche der Arbeitnehmer durchsetzen wollten, wie zum Beispiel Zahlungsansprüche aus einem Sozialplan, Ansprüche auf Zahlung von Kontoführungsgebühren, Ansprüche auf Zahlung einer Leistungsprämie und Freistellungs- und Vergütungsansprüche an Karnevalstagen, vgl. BAG, Urteil vom 17.

-gestaltenden Faktoren verlangen.³¹⁵

Übertragen auf die Pflichten aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX bedeutet dies, dass der Betriebsrat sich einschalten kann, wenn er feststellt, dass der Arbeitgeber generell die getroffene Betriebsvereinbarung nicht anwendet und schon die organisatorischen Voraussetzungen für die Verwirklichung einer behindertengerechten Beschäftigung entgegen der Vereinbarung nicht geschaffen hat. Haben etwa Betriebsrat und Arbeitgeber vereinbart, dass regelmäßig eine Überprüfung der Anforderungen von Arbeitsplätzen einerseits und der Leistungsfähigkeit der dort beschäftigten Schwerbehinderten andererseits erfolgen soll, kann der Betriebsrat die Einhaltung dieser Vereinbarung im Wege seines Durchführungsanspruchs gerichtlich durchsetzen. Gleiches gilt auch für den Fall, dass der Arbeitgeber Vereinbarungen nicht beachtet, wonach bei der Schaffung neuer oder bei der Umgestaltung bestehender Arbeitsplätze stets der Aspekt der behinderten- und gesundheitsgerechten Gestaltung Berücksichtigung finden soll. Konkrete Einzelleistungen, die zur behinderten- oder fähigkeitsgerechten Beschäftigung eines bestimmten Arbeitnehmers erforderlich sind, können dagegen nicht vom Betriebsrat durchgesetzt werden.

Entsprechendes muss auch bei einer Betriebsvereinbarung über das Präventionsverfahren bzw. BEM gelten. Ein Anspruch auf Einleitung und Durchführung der genannten Verfahren aus der Betriebsvereinbarung selbst kann nach den vorstehend dargestellten Grundsätzen nur dann bestehen, wenn die Verpflichtung des Arbeitgebers aus der Betriebsvereinbarung zur Durchführung eines Präventionsverfahrens bzw. BEM eine kollektivrechtliche Verpflichtung gegenüber dem Betriebsrat darstellt und nicht normativ einen Individualanspruch zugunsten der Arbeitnehmer begründet.³¹⁶

Im Bereich des Präventionsverfahrens, bei dem anders als im Bereich des BEM kein Durchführungsanspruch des Betriebsrates besteht, führt dies zu

10. 1989, BAGE 63, S. 152, (158 ff.); BAG, Urteil vom 15. 1. 2002, BAGE 100, S. 157, (159 ff.); LAG Köln, Urteil vom 1. 12. 2003, 4 TaBV 35/03, veröffentlicht bei Juris; LAG Köln, Urteil vom 17. 2. 2006, 6 Ta 76/06, veröffentlicht bei Juris.

³¹⁵ Zu dieser Abgrenzung gelangt zutreffend *Goebel*, Der betriebsverfassungsrechtliche Durchführungsanspruch, S. 52 ff.

³¹⁶ Zum Bestehen eines Durchführungsanspruches des Betriebsrates in Abgrenzung zur Durchsetzung individualrechtlicher Ansprüche der Arbeitnehmer aus einer Betriebsvereinbarung: BAG, Beschluss vom 18. 1. 2005, AP Nr. 24 zu § 77 BetrVG 1972 Betriebsvereinbarung, Bl. 205, (Bl. 209); *Goebel*, Der betriebsverfassungsrechtliche Durchführungsanspruch, S. 52 ff.; *Richardi/Richardi*, BetrVG, § 77, Rn. 219.

schwierigen Abgrenzungsfragen. Unter welchen Voraussetzungen eine Betriebsvereinbarung über das Präventionsverfahren eine kollektivrechtliche Verpflichtung des Arbeitgebers begründet, mit der ein entsprechender Durchführungsanspruch des Betriebsrates korrespondiert, lässt sich nur schwer festlegen.³¹⁷ Die genannten Grundsätze im Zusammenhang mit § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX sprechen dafür, dem Betriebsrat auch hier nur einen Anspruch auf Schaffung der organisatorischen Voraussetzungen bzw. auf die Beachtung der kollektiv festgelegten Verfahrensschritte einzuräumen, die Durchsetzung der Verfahrenseinleitung selbst aber dem einzelnen Arbeitnehmer zu überlassen.

Unabhängig von dem konkreten Inhalt des kollektivrechtlichen Durchführungsanspruchs ist die Betriebsvereinbarung ohnehin nur dann ein effektives Steuerungsinstrument zur Durchsetzung der in § 81 und § 84 SGB IX normierten Pflichten, wenn der Betriebsrat eine solche Vereinbarung auch gegen den Willen des Arbeitgebers herbeiführen und im Betrieb umzusetzen kann. Ob diese Möglichkeit besteht, soll daher nachfolgend untersucht werden.

bb. Möglichkeiten des Betriebsrates zur einseitigen Durchsetzung des Abschlusses einer Betriebsvereinbarung über § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX und § 84 SGB IX

Grundsätzlich könnte der Betriebsrat auch gegen den Willen des Arbeitgebers betriebseinheitliche Regelungen über die Pflichten aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX bzw. über das Präventionsverfahren oder BEM im Wege des Abschlusses einer Betriebsvereinbarung herbeiführen, wenn er bezüglich der Einführung derartiger Regelungen ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 BetrVG hätte.

In den Fällen der Mitbestimmung nach § 87 BetrVG kann der Betriebsrat initiativ eine betriebseinheitliche Regelung einer Angelegenheit anstreben und diese auch gegen den Willen des Arbeitgebers durchsetzen. Das Mitbestimmungsrecht nach § 87 BetrVG begründet auch ein Initiativrecht des Betriebsrates.³¹⁸

³¹⁷ Zu den Abgrenzungsschwierigkeiten vgl. die Darstellung bei *Goebel*, a.a.O. (Fn. 316), S. 52 ff.

³¹⁸ Grundlegend BAG, Beschluss vom 14. 11. 1974, AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972; Bl. 422, (Bl. 423); BAG, Beschluss vom 8. 8. 1989, BAGE 62, S. 322 (322 ff.); Däubler/Kittner/Klebe/*Klebe*, BetrVG, § 87, Rn. 19; Erfurter Kommentar/*Kania*, § 87

Lehnt es der Arbeitgeber ab, in einer Angelegenheit, die der Mitbestimmung nach § 87 BetrVG unterliegt, in Verhandlungen mit dem Betriebsrat einzutreten, oder erzielen die Betriebsparteien keine Einigung, kann der Betriebsrat auf Grundlage seines Mitbestimmungsrechtes gemäß § 87 Abs. 3 BetrVG ohne Zustimmung des Arbeitgebers die Einigungsstelle anrufen. Der Spruch der Einigungsstelle als privatrechtlich organisierter Zwangsschlichtungsakt ersetzt dann die Einigung der Betriebsparteien und wirkt, jedenfalls bei Regelungsstreitigkeiten, die die Zweckmäßigkeit und Sachgerechtigkeit einer Regelung betreffen, wie eine Betriebsvereinbarung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat.³¹⁹

Auf Grundlage dieser über die Einigungsstelle erzwungenen Betriebsvereinbarung ist der Betriebsrat auch berechtigt, den Arbeitgeber auf Einhaltung derselben in Anspruch zu nehmen.³²⁰

(1) Bestehen von Mitbestimmungsrechten des Betriebsrates nach § 87 BetrVG bei der Einführung betriebseinheitlicher Regelungen über §§ 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX

Für die effektive Durchsetzung der Pflichten aus §§ 81, 84 SGB IX ist es somit entscheidend, ob dem Betriebsrat im Zusammenhang mit der Einführung betriebseinheitlicher Regelungen über die behinderten- und fähigkeitsgerechte Beschäftigung Schwerbehinderter bzw. über das Präventionsverfahren und BEM ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 BetrVG zusteht.

Dies hängt vom jeweiligen Gegenstand der Vereinbarungen ab.

Soweit kollektivrechtliche Regelungen zur Arbeitszeit der schwerbehinderten Arbeitnehmer Gegenstand der Betriebsvereinbarung sind,³²¹ besteht ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3 BetrVG. Geht es um die betriebseinheitliche Regelung der behindertengerechten Gestaltung von Arbeitsplätzen und der Arbeitsumgebung, ergibt sich ein Mitbestim-

BetrVG, Rn. 9; GK-BetrVG/*Wiese*, Band 2, § 87, Rn. 135 ff.; *Richardi*, Anmerkung zum Beschluss des BAG vom 14. 11. 1974, AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972, Bl. 424, (Bl. 424).

³¹⁹ BAG, Beschluss vom 22. 1. 1980, AP Nr. 3 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Bl. 812, (Bl. 815); GK-BetrVG/*Kreutz*, Band 2, § 76, Rn. 135 ff.; *Richardi/Richardi*, BetrVG, § 76, Rn. 109 ff.

³²⁰ GK-BetrVG/*Kreutz*, Band 2, § 76, Rn. 137; *Goebel*, Der betriebsverfassungsrechtliche Durchführungsanspruch, S. 27 ff.; *Richardi/Richardi*, BetrVG, § 76, Rn. 110.

³²¹ Zum Beispiel Grundregelungen zu flexiblen Gestaltungsmöglichkeiten der Arbeitszeit, wie etwa Befreiung schwerbehinderter Arbeitnehmer von Nacht- und Schichtarbeit bei einem entsprechenden Bedarf des Beschäftigten oder Einführung von Gleitzeiten.

mungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG. Regelungen und Zielvereinbarungen zur Umsetzung des § 81 Abs. 4 Nr. 1, 4 und 5 SGB IX können dem von § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG erfassten Bereich des Gesundheitsschutzes zugeordnet werden. Danach hat der Betriebsrat bei Regelungen über die Verhütung von Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten sowie über den Gesundheitsschutz im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften oder der Unfallverhütungsvorschriften mitzubestimmen.

Der Mitbestimmungstatbestand *Regelungen über den Gesundheitsschutz* im Sinne des § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG erfasst die betriebliche Umsetzung von Rahmenvorschriften, die darauf ausgerichtet sind, die Arbeitnehmer vor gesundheitlichen Beeinträchtigungen zu schützen, die unmittelbar oder mittelbar mit der Arbeitstätigkeit in Zusammenhang stehen.³²² Hierzu gehören zahlreiche Bestimmungen des Arbeitsschutzrechts, unter anderem auch präventiv ausgerichtete Regelungen wie die der Lastenhandhabungsverordnung.³²³

Die Bestimmungen des § 81 Abs. 4 Nr. 1, 4 und 5 SGB IX sind, wie die Vorschriften des Arbeitsschutzrechts, präventiv darauf ausgerichtet, dass es im Zusammenhang mit der Arbeitstätigkeit nicht zu gesundheitlichen Beeinträchtigungen oder Verschlimmerungen einer Behinderung kommt, die die Gesundheit und Leistungsfähigkeit des schwerbehinderten Arbeitnehmers gefährden können. Sie können damit dem Gesundheitsschutz im Sinne des § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG zugeordnet werden. Die Bestimmungen des § 81 Abs. 4 Nr. 1, 4 und 5 SGB IX enthalten zudem keine konkreten Vorgaben, sondern belassen dem Arbeitgeber einen individuellen Handlungsspielraum, auf welche Weise er die Vorgaben zur fähigkeits- und behindertengerichteten Beschäftigung im Betrieb umsetzen will. Bei dieser Umsetzung besteht damit ein Bedürfnis zur Mitbestimmung des Betriebsrates, sofern es um die Festlegung betriebseinheitlicher Verfahrensabläufe oder Zielvereinbarungen geht.

Schließlich ergibt sich ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates aus § 87 Abs. 1 Nr. 13 BetrVG, wenn es um die Einsatzmöglichkeiten schwerbehinderter Arbeitnehmer bei der Gruppenarbeit geht. Allerdings ist hier zu

³²² Balders/Lepping, NZA 2005, S. 854, (856); Fitting, BetrVG, § 87, Rn. 262 ff.; Wolf, iqpr-Forum B, Diskussionsbeitrag 16/2007, S. 3 ff., veröffentlicht im Internet unter http://www.iqpr.de/iqpr/seiten/diskussionsforen/forumb/forum-b-de.asp#B16_2007, (letzter Abruf am 12. 10. 2010).

³²³ Vgl. Wlotzke, FS Wissmann, S. 426, (428 ff.).

berücksichtigten, dass der Betriebsrat den Arbeitgeber nicht zur Einführung von Gruppenarbeit zwingen kann. Dies unterfällt der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit, die mitbestimmungsfrei ist.³²⁴ Bestehen im Betrieb allerdings Formen der Gruppenarbeit, kann der Betriebsrat auch initiativ Regelungen für schwerbehinderte Arbeitnehmer anstreben, etwa, dass möglichst ein bestimmter Mindestanteil schwerbehinderter Arbeitnehmer berücksichtigt werden soll oder dass bestimmte Aufgaben schwerbehinderten Arbeitnehmern vorrangig übertragen werden sollen.

Grundvoraussetzung für die initiativ Wahrnehmung der genannten Mitbestimmungsrechte ist, dass jeweils kollektive Regelungen angestrebt werden, die die Interessen der Gesamtheit oder einer Gruppe der (schwerbehinderten) Arbeitnehmer im Betrieb betreffen, und nicht nur die Interessen eines Einzelnen berühren. Dies folgt aus der grundsätzlichen Beschränkung der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates auf kollektive Tatbestände.³²⁵

Das Erfordernis eines kollektiven Bezugs ergibt sich vor allem aus dem materiellen Zweck der Mitbestimmung des Betriebsrates nach § 87 BetrVG. Diese soll die einseitige Regelungsmöglichkeit des Arbeitgebers bei der Gestaltung des *betrieblichen Miteinanders* beschränken, nicht aber den einzelnen Arbeitnehmer bevormunden und dessen Regelungsbezug für den Abschluss des Arbeitsvertrages ersetzen.³²⁶ Dementsprechend können Mitbestimmungsrechte nach § 87 BetrVG bis auf wenige Ausnahmefälle im Rahmen von § 87 Abs. 1 Nr. 5 und Nr. 9 BetrVG nur dann initiativ ausgeübt werden, wenn generelle Regelungen angestrebt werden, nicht aber Entscheidungen, die die besonderen Wünsche oder Situation eines einzelnen Arbeitnehmers betreffen.

Soweit also in Bezug auf die genannten Mitbestimmungsrechte im Zusammenhang mit der Beschäftigung Schwerbehinderter ein derartiger kollektiver Regelungszweck angestrebt wird, kann der Betriebsrat auch gegen den Willen des Arbeitgebers im Wege des Abschlusses einer Betriebsvereinbarung Regelungen über die Pflichten aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX im Betrieb einführen. Auf deren Grundlage kann der Betriebsrat dann den Arbeitgeber zur Beachtung dieser Regelungen in Anspruch nehmen. Dies

³²⁴ Vgl. *Fitting*, BetrVG, § 87, Rn. 572.

³²⁵ Zum Erfordernis des kollektiven Bezugs: *Fitting*, BetrVG, § 87, Rn. 14 ff.; MüArbR/*Matthes*, Band 2, § 242, Rn. 24 ff.; kritisch *Richardi/Richardi*, BetrVG, § 87, Rn. 15 ff., m. w. Nw.

³²⁶ *Richardi/Richardi*, a.a.O. (Fn. 325), Rn. 25, Rn. 29.

stärkt die Effektivität der kündigungspräventiven Pflichten aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX.

(2) Bestehen von Mitbestimmungsrechten des Betriebsrates nach § 87 BetrVG bei der Einführung betriebseinheitlicher Regelungen über § 84 SGB IX

Ob der Betriebsrat auch im Zusammenhang mit § 84 SGB IX ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 BetrVG hat und damit einseitig betriebseinheitliche Regelungen über Präventionsverfahren und BEM im Betrieb etablieren kann, ist umstritten und höchstrichterlich noch nicht entschieden. Das BAG hat sich mit dem Bestehen von Mitbestimmungsrechten bei § 84 SGB IX, soweit ersichtlich, bisher nicht eingehend auseinandergesetzt.³²⁷ Auch instanzgerichtliche Entscheidungen gibt es nur vereinzelt, diesen lässt sich indes keine einheitliche Entscheidungspraxis entnehmen.³²⁸ Zudem lassen die instanzgerichtlichen Entscheidungen überwiegend die Frage der Mitbestimmungspflichtigkeit von Maßnahmen des betrieblichen Eingliederungsmanagements bzw. des Präventionsverfahrens offen.³²⁹

In der Literatur findet sich dagegen eine kontroverse Auseinandersetzung. Diese bezieht sich weitestgehend auf § 84 Abs. 2 SGB IX. Hierbei ist nicht nur umstritten, ob im Zusammenhang mit § 84 SGB IX überhaupt Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates bestehen können, sondern auch, welcher der in § 87 BetrVG genannten Tatbestände einschlägig sein soll.

³²⁷ Offen gelassen im Hinblick auf § 84 Abs. 2 SGB IX mangels Bestimmtheit des Antrages des Betriebsrates: BAG, Beschluss vom 18. 8. 2009, 1 ABR 45/08, veröffentlicht bei Juris; anhängiges Beschlussverfahren zur Mitbestimmungspflichtigkeit des betrieblichen Eingliederungsmanagements beim BAG (bisher nicht veröffentlicht) unter dem Aktenzeichen 1 ABR 78/10 (Vorinstanz LAG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 23.09.2010, 25 TaBV 1155/10, veröffentlicht bei Juris).

³²⁸ LAG Hamburg, Beschluss vom 21. 5. 2008, AiB 2009, S. 232, (232 ff.); LAG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 19. 12. 2006, AiB 2007, S. 425, (425 ff.); LAG Berlin-Brandenburg, a.a.O. (Fn. 327); ArbG Köln, Beschluss vom 10. 1. 2008, 12 BVGa 2/08, veröffentlicht bei Juris; ArbG Dortmund, Beschluss vom 20. 6. 2005, 5 BV 48/05, veröffentlicht bei Juris.

³²⁹ So LAG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 19. 12. 2006, AiB 2007, S. 425, (425 ff.); ArbG Köln, a.a.O. (Fn. 328); ArbG Dortmund, a.a.O. (Fn. 328).

(a) Grundsätzliche Einwendungen gegen das Bestehen von Mitbestimmungsrechten

Als grundsätzliches Argument gegen das Bestehen von Mitbestimmungsrechten in Zusammenhang mit § 84 Abs. 2 SGB IX wird eingewandt, dass das dem Betriebsrat und der Schwerbehindertenvertretung in § 84 Abs. 2 Satz 6 SGB IX eingeräumte Mitwirkungsrecht als spezielleres und damit vorrangiges gesetzliches Beteiligungsrecht anzusehen sei. Eine weitergehende Mitbestimmung im Sinne von § 87 BetrVG sei daher wegen des in § 87 Abs. 1 BetrVG normierten Gesetzesvorbehaltes grundsätzlich ausgeschlossen, da der Betriebsrat hiernach nur dann ein Mitbestimmungsrecht habe, soweit eine gesetzliche oder tarifliche Regelung nicht bestehe. Zudem fehle es bei der Einleitung eines Präventionsverfahrens bzw. BEM an einem für die Mitbestimmungspflichtigkeit notwendigen kollektiven Tatbestand, weil die Verfahren des § 84 SGB IX individuell auf den jeweils betroffenen Arbeitnehmer bezogen seien.³³⁰

Ob diese grundsätzlichen Einwendungen durchgreifen können, ist fraglich. Sofern das Bestehen von Mitbestimmungsrechten wegen der Mitwirkungsrechte nach § 84 Abs. 2 Satz 6 SGB IX ausgeschlossen wird, wird der Umfang des in § 87 Abs. 1 BetrVG normierten Gesetzesvorbehalts verkannt. Der Gesetzesvorbehalt nach § 87 Abs. 1 BetrVG soll Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates ausschließen, soweit die Interessen der Arbeitnehmer hinreichend durch andere gesetzliche Regelungen geschützt werden, weil dann für einen weitergehenden Schutz der Arbeitnehmerinteressen durch die Wahrnehmung der Mitbestimmungsrechte kein Bedürfnis besteht. Der in § 87 Abs. 1 BetrVG enthaltende Vorbehalt schließt somit nicht pauschal bei jeder spezielleren Regelung die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates aus, sondern nur, wenn es sich bei der spezielleren Regelung um eine abschließende Regelung handelt. Sofern eine gesetzliche Regelung im Bereich der zwingenden Mitbestimmung besteht, dem Arbeitgeber aber trotz derselben bei der Umsetzung der Norm ein Gestaltungsspielraum verbleibt, bleibt in diesem Rahmen auch das Mitbestimmungsrecht erhalten.³³¹

³³⁰ LAG Hamburg, Beschluss vom 21. 5. 2008, AiB 2009, S. 232, (232 ff.); Müller, ArbuR 2009, S. 29, (31), mit Bezug auf § 84 Abs. 2 SGB IX; Namendorf/Natzel, DB 2005, S. 1794, (1795); Seel, br 2006, S. 30, (34).

³³¹ Erfurter Kommentar/Kania, § 87 BetrVG, Rn. 13.

In Bezug auf BEM und Präventionsverfahren lässt sich danach der Ausschluss von Mitbestimmungsrechten nicht mit dem Vorrang der Beteiligungsrechte aus § 84 SGB IX begründen. Bei § 84 Abs. 1 SGB IX dürfte dies unzweifelhaft sein, weil hier der Betriebsrat keine einseitig durchsetzbaren Mitwirkungsrechte hat. Aber auch der Erörterungsanspruch des Betriebsrates nach § 84 Abs. 2 Satz 6 SGB IX lässt ein Bedürfnis für eine weitergehende Mitbestimmung im Sinne des § 87 BetrVG nicht entfallen. Denn auf Grundlage dieses Erörterungsanspruchs kann der Betriebsrat lediglich die Einleitung und Durchführung eines BEM verlangen. Auf die Ausgestaltung des Verfahrens hat er keinen Einfluss.³³² Dem Arbeitgeber verbleibt hier ein umfassender Gestaltungsspielraum, der eine Mitbestimmung des Betriebsrates zum Schutze der Arbeitnehmerinteressen erforderlich erscheinen lässt.³³³

Damit geht der Einwand, die Mitbestimmung nach § 87 BetrVG sei schon wegen der spezielleren Mitwirkungsrechte nach § 84 SGB IX ausgeschlossen, fehl.

Auch der Einwand, bei der Einleitung eines Präventionsverfahrens bzw. BEM fehle es an einem die Mitbestimmungspflichtigkeit auslösenden kollektiven Tatbestand, ist im Ergebnis unzutreffend. Zwar mag es sein, dass Auslöser für die Einleitung eines Präventionsverfahrens bzw. BEM individuelle Schwierigkeiten eines einzelnen Arbeitnehmers sind. Gleichwohl werden im Rahmen des Präventionsverfahrens bzw. BEM regelmäßig bestimmte Verfahrensabschnitte standardisiert ablaufen. So etwa, wenn es um die Erfassung der das Verfahren auslösenden Schwierigkeiten geht oder um die Frage, in welcher Reihenfolge bzw. zeitlichen Abfolge die am Verfahren zu beteiligenden Stellen einzuschalten sind.³³⁴ Damit hat jedes Präventionsverfahren bzw. jedes BEM auch einen kollektiven Bezug, weil die Art und Weise des Verfahrensablaufs nicht nur die Interessen des jeweils betroffenen Arbeitnehmers berührt, sondern auch die Interessen der übrigen

³³² So auch *Düwell*, FS Küttner, S. 139, (152).

³³³ In diesem Sinne auch LAG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 19. 12. 2006, AiB 2007, S. 425, (425 ff.); LAG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 23. 9. 2010, 25 TaBv 1155/10, veröffentlicht bei Juris; *Britschgi*, AiB 2005, S. 284, (287); a.A. *Seel*, die wegen der zwingenden Verpflichtung des Arbeitgebers, bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 84 Abs. 2 SGB IX ein BEM durchzuführen, einen Regelungsspielraum des Arbeitgebers bei der Umsetzung der gesetzlichen Vorgabe verneint, vgl. *Seel*, br 2006, S. 30, (34).

³³⁴ Vgl. zu den Verfahrensabschnitten, die einer Standardisierung zugänglich sind, die Darstellung bei *Magin/Schnetter*, br 2005, S. 52, (54 ff.).

Belegschaft, die vom Anwendungsbereich des § 84 SGB IX potentiell erfasst werden. Präventionsverfahren und BEM sind danach einer generellen Regelung durch den Arbeitgeber zugänglich, die eine Mitbestimmung des Betriebsrates zum Schutze der Arbeitnehmerinteressen erforderlich erscheinen lässt.³³⁵

Stehen damit der Anerkennung eines Mitbestimmungsrechts des Betriebsrates im Zusammenhang mit § 84 SGB IX keine grundsätzlichen Bedenken entgegen, stellt sich die Frage, ob sich ein solches Mitbestimmungsrecht auch aus den Tatbeständen des § 87 BetrVG ableiten lässt.

(b) Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG

Ein Teil der Literatur leitet für § 84 Abs. 2 SGB IX ein Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs.1 Nr. 1 BetrVG ab, soweit es um die Einführung eines formalisierten Verfahrens im Hinblick auf den Ablauf des BEM geht.³³⁶

³³⁵ Auch das BAG hat in einem Fall, der die Durchführung formalisierter Krankengespräche betraf, ein Mitbestimmungsrecht bejaht und den kollektiven Bezug der Maßnahme aus der generalisierten Art und Weise abgeleitet, nach der die Gespräche vom Arbeitgeber eingeleitet und durchgeführt wurden, vgl. BAG, Beschluss vom 8. 11. 1994, NZA 1995, S. 857, (858); wie hier argumentiert auch das ArbG Dortmund, das mit der Entscheidung über die Einsetzung einer Einigungsstelle im Hinblick auf § 84 Abs. 2 SGB IX befasst war; nach Ansicht des Gerichts sei es denkbar, dass der gesamte Ablauf des BEM in einen einheitlichen Rahmen mit kollektivem Charakter gegossen werden könne und müsse, vgl. ArbG Dortmund, Beschluss vom 20. 6. 2005, 5 BV 48/05, veröffentlicht bei Juris; einen kollektiven Tatbestand bei § 84 SGB IX bejaht auch *Düwell* mit der Begründung, aus der Gesamtheit der zu klärenden Fälle folge das Bedürfnis nach einer betriebsweit geltenden einheitlichen Verfahrensordnung, vgl. *Düwell*, FS Küttner, S. 139, (153); *derselbe*, in: Dau/Düwell/Haines, Sozialgesetzbuch IX, § 84, Rn. 61; zustimmend auch *Raab* in Bezug auf standardisierte Krankengespräche, vgl. *Raab*, Anmerkung zum Beschluss des BAG vom 8. 11. 1994, AP Nr. 24 zu § 87 BetrVG 1972 Ordnung des Betriebes, Bl. 1066, (Bl. 155).

³³⁶ Däubler/Kittner/Klebe/*Klebe*, BetrVG, § 87, Rn. 51; *Faber*, AiB 2006, S. 553, (557); *Gagel*, NZA 2004, S. 1359, (1360, 1361); *Gagel/Schian*, iqpr-Forum B, Diskussionsbeitrag Nr. 17/2007, S. 1, veröffentlicht im Internet unter http://www.iqpr.de/iqpr/seiten/diskussionsforen/forumb/forum-b-de.asp#B17_2007 und *Kohte*, iqpr-Forum B, Diskussionsbeitrag Nr. 9/2006, S. 3, veröffentlicht im Internet unter http://www.iqpr.de/iqpr/seiten/diskussionsforen/forumb/forum-b-de.asp#B9_2006, (letzter Abruf am 12. 10. 2010); *Gagel/Schian/Dalitz/Schian*, iqpr-Forum B, Diskussionsbeitrag Nr. 2/2005, S. 5, veröffentlicht im Internet unter http://www.iqpr.de/iqpr/seiten/diskussionsforen/forumb/forum-b-de.asp#B2_2005, (letzter Abruf am 12. 10. 2010); *Müller*, ArbuR 2009, S. 29, (30); *Wolf*, iqpr-Forum B, Diskussionsbeitrag Nr. 16/2007, S. 3, veröffentlicht im Internet unter http://www.iqpr.de/iqpr/seiten/diskussionsforen/forumb/forum-b-de.asp#B16_2007,

Dieser Ansicht haben sich auf instanzgerichtlicher Ebene auch das Landesarbeitsgericht Hamburg sowie das LAG Berlin-Brandenburg angeschlossen, wenn und soweit – wie es das LAG Hamburg betont – der Arbeitgeber das BEM in formalisierter Weise durchführen möchte³³⁷ bzw. prozedurale Fragen geregelt werden sollen.³³⁸

Nach § 87 Abs.1 Nr. 1 BetrVG hat der Betriebsrat bei Fragen der Ordnung des Betriebes und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb mitzubestimmen. Mitbestimmungspflichtig sind alle Maßnahmen des Arbeitgebers, die das Zusammenleben und Zusammenwirken der Arbeitnehmer im Betrieb beeinflussen oder koordinieren und einen ungestörten und reibungslosen Arbeitsablauf gewährleisten sollen. Ist durch die Maßnahme des Arbeitgebers das Verhalten der Arbeitnehmer betroffen, besteht das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates nur, soweit das Verhalten einen Bezug zur betrieblichen Ordnung aufweist (Ordnungsverhalten).

Nicht der Mitbestimmung nach § 87 Abs.1 Nr. 1 BetrVG unterliegen Maßnahmen, die sich auf das Arbeitsverhalten der Arbeitnehmer beziehen. Hierzu gehören alle Weisungen und Regelungen des Arbeitgebers, die die Arbeitspflicht der Arbeitnehmer unmittelbar konkretisieren und die das bei der Arbeitsleistung zu beachtende Verhalten betreffen oder die sich in sonstiger Weise nur auf das Verhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber beziehen.³³⁹

Die Vertreter, die für § 84 Abs. 2 SGB IX ein Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG ableiten wollen, gehen davon aus, dass bei einer

(letzter Abruf am 12. 10. 2010); *Zorn*, br 2006, S. 42, (45); dahingehend tendierend wohl auch Erfurter Kommentar/*Kania*, § 87 BetrVG, Rn. 21a.

³³⁷ LAG Hamburg, Beschluss vom 21. 5. 2008, AiB 2009, S. 232, (232 ff.).

³³⁸ LAG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 23.09.2010, 25 TaBV 1155/10, veröffentlicht bei Juris.

³³⁹ So die ständige Rechtsprechung und herrschende Literaturansicht, vgl. BAG, Beschluss vom 24. 3. 1981, AP Nr. 2 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitssicherheit, Bl. 794, (Bl. 795 ff.); BAG, Beschluss vom 10. 4. 1984, DB 1984, S. 2097, (2097 ff.); BAG, Beschluss vom 8. 8. 1989, AP Nr. 15 zu § 87 BetrVG 1972 Ordnung des Betriebes, Bl. 976, (Bl. 977 ff.); BAG, Beschluss vom 8. 11. 1994, AP Nr. 24 zu § 87 BetrVG 1972 Ordnung des Betriebes, Bl. 1066, (Bl. 1067 ff.); LAG Frankfurt am Main, Beschluss vom 24. 3. 1992, NZA 1993, S. 237, (237); GK-BetrVG/*Wiese*, Band 2, § 87, Rn. 176 ff, 195 ff.; Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock/*Worzalla*, BetrVG, § 87, Rn. 98 ff.; *Raab*, Anmerkung zum Beschluss des BAG vom 8. 11. 1994, AP Nr. 24 zu § 87 BetrVG 1972 Ordnung des Betriebes, Bl. 1066, (Bl. 155 ff.); *derselbe*, NZA 1993, S. 193, (198 ff.); kritisch zu der Differenzierung zwischen Ordnungs- und Arbeitsverhalten Däubler/Kittner/Klebe/*Klebe*, BetrVG, § 87, Rn. 42 ff.

Regelung über das BEM das mitbestimmungspflichtige Ordnungsverhalten der Arbeitnehmer betroffen sei, jedenfalls soweit es um Fragen der organisatorischen Gestaltung des BEM gehe.³⁴⁰ So argumentiert etwa das LAG Berlin-Brandenburg ausgehend von dem Zweck des Mitbestimmungsrechts, dass Arbeitnehmer durch das betriebliche Eingliederungsmanagement in die Aufklärung und Überwindung individueller Defizite so eingebunden seien, dass das Ordnungsverhalten im Betrieb tangiert sei. Das betriebliche Eingliederungsmanagement betreffe nicht Weisungen oder Regeln, die bei der Ausführung der Arbeitsleistung zu beachten seien und deshalb nur das Arbeitsverhalten beträfen.³⁴¹

Zutreffend an dieser Ansicht ist, dass eine betriebseinheitliche Regelung über § 84 SGB IX unstreitig Einfluss auf das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb haben kann, soweit die Arbeitnehmer durch die betriebseinheitliche Regelung zur Mitwirkung am Präventionsverfahren bzw. BEM angehalten werden. Betriebseinheitliche Regelungen über die standardisierte Durchführung eines Präventionsverfahrens bzw. BEM schaffen bei gleichmäßiger Handhabung auch für das Verhalten der Arbeitnehmer eine bestimmte Ordnung. Fraglich bleibt nur, ob mit einer derartigen betriebseinheitlichen Regelung mit Bezug auf das Verhalten der Arbeitnehmer tatsächlich nur das mitbestimmungspflichtige Ordnungsverhalten, wie es etwa das LAG Berlin-Brandenburg meint, betroffen ist oder vielmehr das mitbestimmungsfreie Arbeitsverhalten. Dies ist eine Wertungsfrage, bei welcher der Sinn und Zweck des Mitbestimmungsstatbestandes zu berücksichtigen ist.

Sinn und Zweck des Mitbestimmungsrechtes des Betriebsrates nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG ist es, den Arbeitnehmern eine gleichberechtigte Teilhabe an der Gestaltung des betrieblichen Zusammenlebens zu gewährleisten.³⁴² Verhaltensregeln sowie Maßnahmen, die das betriebliche Zusammenleben gestalten, sollen nicht allein vom Arbeitgeber vorgegeben wer-

³⁴⁰ Vgl. Däubler/Kittner/Klebe/Klebe, BetrVG, §87, Rn. 51; Müller, ArbuR 2009, S. 29, (30); Wolf, iqpr-Forum B, Diskussionsbeitrag Nr. 16/2007, S. 3, veröffentlicht im Internet unter http://www.iqpr.de/iqpr/seiten/diskussionsforen/forumb/forum-b-de.asp#B16_2007, (letzter Abruf am 12. 10. 2010).

³⁴¹ LAG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 23.09.2010, 25 TaBV 1155/10, veröffentlicht bei Juris.

³⁴² BAG, Beschluss vom 8. 11. 1994, AP Nr. 24 zu § 87 BetrVG 1972 Ordnung des Betriebes, Bl. 1066, (Bl. 1067 ff.); LAG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 23.09.2010, 25 TaBV 1155/10, veröffentlicht bei Juris; Raab, NZA 1993, S. 193, (199).

den können, sondern unter Berücksichtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes der Arbeitnehmer auch von diesen bzw. ihrer betrieblichen Interessenvertretung mitgestaltet werden. All solche Regeln und Weisungen, die das reine Arbeitsverhalten betreffen, die also bei der unmittelbaren Erbringung der Arbeitsleistung selbst zu beachten sind, unterliegen unter Berücksichtigung des Sinn und Zwecks des § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG daher nicht der Mitbestimmung des Betriebsrates. Hieraus folgt, dass eine arbeitgeberseitige Regelung oder Maßnahme in jedem Fall das mitbestimmungsfreie Arbeitsverhalten berührt, wenn der Arbeitgeber kraft seiner Organisations- und Leitungsmacht näher bestimmt, welche Arbeiten in welcher Weise auszuführen sind. Nicht mitbestimmungspflichtig sind danach Anordnungen, mit denen die Arbeitspflicht unmittelbar konkretisiert wird.³⁴³

Betriebseinheitliche Regelungen über das BEM bzw. Präventionsverfahren, die den Arbeitnehmern bestimmte Verhaltenspflichten auferlegen, stellen jedoch eine Konkretisierung der Arbeitspflicht dar und unterfallen damit nicht der Mitbestimmung nach § 87 Abs.1 Nr. 1 BetrVG. Die vertragliche Pflicht des Arbeitnehmers zur Erbringung der Arbeitsleistung wird durch derartige Regelungen dahingehend konkretisiert, auch während Zeiten der Arbeitsunfähigkeit bzw. bei Auftreten sonstiger Schwierigkeiten im Arbeitsverhältnis dazu beizutragen, dass das Arbeitsverhältnis in Zukunft möglichst ungestört fortgesetzt werden kann.³⁴⁴

Dies ergibt sich aus § 84 SGB IX. Die Norm bringt zum Ausdruck, dass Zeiten der Arbeitsunfähigkeit oder sonstiger Störungen im Arbeitsverhältnis eines schwerbehinderten Arbeitnehmers von den Arbeitsvertragsparteien nicht mehr einfach hingenommen werden sollen. Vielmehr soll im Rahmen von Präventionsverfahren und BEM aktiv nach Wegen gesucht werden, auf welche Weise die Störungen im Arbeitsverhältnis möglichst beseitigt werden können.

Im Ergebnis wird also durch betriebseinheitliche Regelungen zum Präventionsverfahren und BEM, die auch Verhaltensvorgaben für schwerbehinderte Arbeitnehmer enthalten, die Arbeitspflicht der schwerbehinderten

³⁴³ BAG, a.a.O. (Fn. 342), m.w.Nw.

³⁴⁴ Ähnlich das BAG, das eine Pflicht der Arbeitnehmer, an Krankengesprächen mitzuwirken, als arbeitsvertragliche Nebenpflicht einordnet, diese Nebenpflicht allerdings dem betrieblichen Ordnungsverhalten zurechnet, vgl. BAG, a.a.O., (Fn. 342).

Arbeitnehmer bei Störungen des Arbeitsverhältnisses, die dem Anwendungsbereich des § 84 SGB IX unterfallen, näher konkretisiert. Kollektive Regelungen über das Präventionsverfahren bzw. BEM, die auch Verhaltensvorgaben für die Arbeitnehmer enthalten, haben damit keinen Bezug zur betrieblichen Ordnung, sondern betreffen das Arbeitsverhalten der Arbeitnehmer.³⁴⁵ Dies übersehen die Vertreter, die, wie etwa das LAG Berlin-Brandenburg, einen Bezug zum Arbeitsverhalten durch das betriebliche Eingliederungsmanagement ablehnen.

Zu dem vorgenannten Ergebnis gelangt man auch, wenn man wie *Raab* die Abgrenzung zwischen Arbeitsverhalten und Ordnungsverhalten danach vornimmt, in welchem Interesse ein vom Arbeitgeber gefordertes Arbeitnehmerverhalten erfolgen soll bzw. welche Zwecksetzung eine arbeitgeberseitige Verhaltensanordnung hat.³⁴⁶ Ein Bezug zur betrieblichen Ordnung liegt nach Ansicht *Raabs* nur vor, wenn das vom Arbeitgeber geforderte Verhalten der Arbeitnehmer auch dem Belegschaftsinteresse dienen soll.³⁴⁷

Betriebseinheitliche Regelungen zum Präventionsverfahren und BEM dienen allein dem Interesse der schwerbehinderten Arbeitnehmer am Erhalt ihres Arbeitsplatzes, und bestehen nicht etwa zum Schutz der übrigen Arbeitnehmer oder zur Wahrung von Belegschaftsinteressen oder zur Aufrechterhaltung der betrieblichen Ordnung. Auch nach dem Ansatz von *Raab* betreffen derartige kollektive Regelungen daher nicht das mitbestimmungspflichtige Ordnungsverhalten der Arbeitnehmer, sondern das mitbestimmungsfreie Arbeitsverhalten.

³⁴⁵ Ähnlich LAG Frankfurt am Main in Bezug auf standardisierte Krankengespräche, die darauf ausgerichtet sind, Arbeitsunfähigkeitszeiten wegen Krankheit in Zukunft zu vermeiden, vgl. LAG Frankfurt am Main, Beschluss vom 24. 3. 1992, NZA 1993, S. 237, (237); in diesem Sinne auch LAG Hamm, Beschluss vom 16. 4. 1986, BB 1986, S. 1359, (1360) und LAG Baden-Württemberg, Beschluss vom 5. 3. 1991, NZA 1992, S. 184, (184, 185); a.A. LAG Hamburg, das für Krankengespräche die Mitbestimmungspflichtigkeit nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG mit dem Argument bejaht, im konkreten Fall hätten die Krankengespräche auch als Instrument gedient, um das Fehlzeitenverhalten der Arbeitnehmer zu beeinflussen und damit generalpräventiv auf die übrige Belegschaft einzuwirken, vgl. LAG Hamburg, Beschluss vom 10. 7. 1991, LAGE Nr. 8 zu § 87 BetrVG 1972 Betriebliche Ordnung, S. 3 ff.; unabhängig von der Stichhaltigkeit der Argumentation des LAG Hamburg, kann diese nicht auf die Verfahren nach § 84 SGB IX übertragen werden, weil weder BEM noch Präventionsverfahren das Fehlzeitenverhalten der übrigen Belegschaft beeinflussen sollen.

³⁴⁶ *Raab*, NZA 1993, S. 193, (204).

³⁴⁷ *Raab*, a.a.O. (Fn. 346).

Im Ergebnis ist daher das Bestehen eines Mitbestimmungsrechtes des Betriebsrates bei der Einführung und Gestaltung kollektiver Regelungen über Präventionsverfahren und BEM aus § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG abzulehnen.

(c) Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG

Wenn es um die Einführung betriebseinheitlicher Regelungen über ein BEM geht, wird ein Mitbestimmungsrecht auch nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG befürwortet.

Nach diesem Mitbestimmungstatbestand hat der Betriebsrat bei Regelungen über die Verhütung von Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten sowie bei Regelungen über den Gesundheitsschutz im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften oder der Unfallverhütungsvorschriften mitzubestimmen.

Von der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG erfasst wird, wie bereits im Zusammenhang mit § 81 SGB IX ausgeführt, die betriebliche Umsetzung öffentlich-rechtlicher Rahmenvorschriften, die dem Arbeitgeber in den von § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG genannten Bereichen eine Handlungspflicht auferlegen, es aber seinem Handlungsspielraum überlassen, auf welche Art und Weise er dieser Handlungspflicht genügt. Die Mitbestimmung des Betriebsrates bei der Konkretisierung dieser Rahmenvorschriften soll gewährleisten, dass eine möglichst effektive Umsetzung des gesetzlichen Gesundheitsschutzes im Betrieb erreicht wird.³⁴⁸ Hintergrund ist, dass bei der Umsetzung des gesetzlichen Gesundheitsschutzes im Betrieb ein Durchsetzungsdefizit auf betrieblicher Ebene besteht. Dieses resultiert daraus, dass der gesetzliche Gesundheitsschutz, wie zum Beispiel das Arbeitsschutzgesetz, historisch ausschließlich aufsichtsorientiert gestaltet ist und damit eine ausreichende Umsetzung im Betrieb nur schwer gewährleistet ist. Die Einführung des Mitbestimmungstatbestandes des § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG sollte dieses Defizit beheben, indem dem Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht bei der betrieblichen Konkretisierung ausfüllungsbedürftiger Vorschriften des Gesundheitsschutzes gegeben wurde.³⁴⁹

³⁴⁸ BAG, Beschluss vom 15. 4. 1998, BAGE 100, S. 173, (180 ff.); BAG, Beschluss vom 8. 6. 2004, NZA 2005, S. 227, (229); *Kohte*, AuR 1984, S. 263, (272 ff.); *Wlotzke*, FS Wissmann, S. 426, (426 ff.).

³⁴⁹ Zum Hintergrund des § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG Däubler/Kittner/Klebe/Klebe, BetrVG, § 87, Rn. 167, 168.

§ 84 Abs. 2 SGB IX kann zwar als Rahmenvorschrift im Sinne des § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG angesehen werden, da die Norm dem Arbeitgeber einen Handlungsspielraum hinsichtlich der konkreten Ausgestaltung des BEM belässt. Fraglich ist aber, ob sich § 84 Abs. 2 SGB IX auch auf einen der vom Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG erfassten Bereiche bezieht.

Regelungen über ein BEM dienen nicht der Verhütung von Arbeitsunfällen oder Berufskrankheiten. Allerdings wird von Teilen der Literatur vertreten, dass das BEM dem Bereich des Gesundheitsschutzes zuzuordnen sei und daher der Mitbestimmung des Betriebsrates unterfalle.³⁵⁰ Das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG umfasse, so die Befürworter dieses Ansatzes, alle rechtlich vorgeschriebenen Regelungen, die unmittelbar oder mittelbar dem betrieblichen Gesundheitsschutz dienen.³⁵¹ Das BEM sei eine solche Vorschrift. Es diene mittelbar dem Gesundheitsschutz, weil das maßgebliche Ziel des Verfahrens, die Überwindung der Arbeitsunfähigkeit, unter anderem voraussetze, dass in einem regulierten Suchprozess auch krankmachende Arbeitsbedingungen identifiziert und reduziert würden.³⁵²

Zutreffend an dieser Ansicht ist, dass dem BEM eine gesundheitsschützende Zwecksetzung und Wirkung nicht abgesprochen werden kann. Gleichwohl lassen sich Regelungen über das BEM nicht dem Mitbestimmungsbestand des § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG zuordnen. § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG erfasst nur die Umsetzung von Vorschriften, die darauf ausgerichtet sind, die Arbeitnehmer vor solchen gesundheitlichen Beeinträchtigungen zu schützen, die unmittelbar oder mittelbar mit der Arbeitstätigkeit in Zusammenhang stehen.³⁵³ Diese Einschränkung lässt sich schon dem Wortlaut des § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG entnehmen, der einerseits Regelungen über den

³⁵⁰ *Britschgi*, AiB 2005, S. 284, (287); *Däubler/Kittner/Klebe/Klebe*, BetrVG, § 87, Rn. 204; *Kohte*, iqpr-Forum B, Diskussionsbeitrag Nr. 9/2006, S. 3 ff., veröffentlicht im Internet unter http://www.iqpr.de/iqpr/seiten/diskussionsforen/forumb/forum-b-de.asp#B9_2006, (letzter Abruf am 12. 10. 2010); *derselbe*, in: HaKo-BetrVG, § 87, Rn. 91; *derselbe*, DB 2008, S. 582, (586).

³⁵¹ *Däubler/Kittner/Klebe/Klebe*, BetrVG, § 87, Rn. 185, Rn. 204; *Kohte*, a.a.O. (Fn. 350), mit zutreffendem Verweis auf BAG, Beschluss vom 8. 6. 2004, NZA 2005, S. 227, (229).

³⁵² *Kohte*, a.a.O. (Fn. 350).

³⁵³ So im Ergebnis auch *Balders/Lepping*, NZA 2005, S. 854, (856); *Wolf*, iqpr-Forum B, Diskussionsbeitrag 16/2007, S. 3 ff., veröffentlicht im Internet unter http://www.iqpr.de/iqpr/seiten/diskussionsforen/forumb/forum-b-de.asp#B16_2007, (letzter Abruf am 12. 10. 2010).

Gesundheitsschutz *im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften* sowie andererseits Regelungen über den Gesundheitsschutz *im Rahmen der Unfallverhütungsvorschriften* als mitbestimmungspflichtig bestimmt. Unfallverhütungsvorschriften dienen der Vermeidung von Arbeitsunfällen, Berufskrankheiten oder arbeitsbedingten Gesundheitsgefahren, bezwecken also stets den Schutz vor gesundheitlichen Beeinträchtigungen, die mit der Arbeitstätigkeit in Zusammenhang stehen.³⁵⁴

Da die *gesetzlichen Vorschriften* in § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG in einem Zusammenhang mit den *Unfallverhütungsvorschriften* genannt werden, liegt es nahe, dass von den *gesetzlichen Vorschriften* ebenfalls nur solche vom Mitbestimmungstatbestand der Nr. 7 erfasst werden sollen, die wie die Unfallverhütungsvorschriften mittelbar oder unmittelbar auf den Schutz vor arbeitsbedingten Gesundheitsgefahren ausgerichtet sind.³⁵⁵ Ein solches Normverständnis ergibt sich auch aus der Entstehungsgeschichte des Mitbestimmungstatbestandes und dem daraus folgenden Normzweck des § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG. Schon die Vorgängerregelung zu § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG, die Regelung des § 56 Abs. 1 lit. f BetrVG 1952 bezog sich ausdrücklich auf den Bereich des Arbeitsschutzes, also auf die gesetzlichen Regelungen, die unmittelbar oder mittelbar vor gesundheitlichen Beeinträchtigungen schützen sollen, die aus der Arbeitstätigkeit folgen.³⁵⁶ Auch der in § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG genannte Begriff der gesetzlichen Vorschriften bezieht sich, in Anlehnung an die Vorgängerregelung, auf das Arbeitsschutzrecht. Die Mitbestimmung des Betriebsrates nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG soll gewährleisten, dass die arbeitsschutzrechtli-

³⁵⁴ Vgl. § 15 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII.

³⁵⁵ In diesem Sinne wohl auch *Wlotzke*, der meint, der Begriff *Gesundheitsschutz* sei aus der Materie des staatlichen Arbeitsschutzrechts und des autonomen Unfallverhütungsrechts abzuleiten, auf die sich § 87 Abs. 1 Nr. 7 beziehe; der Begriff *Gesundheitsschutz* sei daher im arbeitsschutzrechtlichen und im unfallverhütungsrechtlichen Sinne als der Schutz der physischen und psychischen Integrität der Beschäftigten gegenüber Schädigungen durch medizinisch feststellbare *arbeitsbedingte* Verletzungen, Erkrankungen oder sonstige gesundheitliche Beeinträchtigungen zu verstehen, vgl. *Wlotzke*, FS Wissmann, S. 426, (429); so auch *Richardi/Richardi*, BetrVG, § 87, Rn. 541; enger noch *Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock/Worzalla*, BetrVG, § 87, Rn. 338, der davon ausgeht, § 87 Nr. 7 betreffe allein Regelungen, die unmittelbar der Verhütung von Arbeitsunfällen oder Berufskrankheiten dienen oder den Gesundheitsschutz unmittelbar zum Gegenstand haben.

³⁵⁶ Vgl. die Legaldefinition des § 2 Abs. 1 ArbSchG, wonach Maßnahmen des Arbeitsschutzes der Verhütung von Unfällen und arbeitsbedingten Gesundheitsgefahren dienen.

chen Bestimmungen effektiver und betriebsnäher angewandt werden. Hierdurch soll das eingangs bereits erwähnte Durchsetzungsdefizit bei der Umsetzung des Arbeitsschutzrechts auf der betrieblichen Ebene ausgeglichen werden, welches sich daraus ergibt, dass weder die öffentlich-rechtlichen Aufsichtsbehörden des Arbeitsschutzrechts noch die einzelnen Arbeitnehmer eine effektive Umsetzung des Arbeitsschutzrechts im Betrieb gewährleisten können.³⁵⁷

§ 84 Abs. 2 SGB IX kann nicht als eine Bestimmung des gesetzlichen Arbeitsschutzrechts und damit nicht als *gesetzliche Vorschrift* im Sinne des § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG gewertet werden. § 84 Abs. 2 SGB IX fehlt die spezifische Ausrichtung am Schutz der Arbeitnehmer vor Gesundheitsbeeinträchtigungen, die mit der Arbeitstätigkeit in Zusammenhang stehen. Das BEM soll vielmehr bei jeder krankheits- bzw. behinderungsbedingten Arbeitsunfähigkeit durchgeführt werden, unabhängig davon, ob die Erkrankung oder Behinderung auf die Arbeitstätigkeit zurückzuführen ist.³⁵⁸ Zwar mag es in bestimmten Fällen im Rahmen des BEM auch um die Frage gehen, ob arbeitsbedingte Gesundheitsgefahren die Arbeitsunfähigkeit mitverursacht haben und wie diese zukünftig vermieden werden können. Maßgebliches Ziel ist dabei aber nicht wie im Arbeitsschutzrecht der Schutz des Beschäftigten vor diesen arbeitsbedingten Gesundheitsgefahren, sondern die Frage, wie der individuelle Arbeitsplatz des betroffenen Arbeitnehmers erhalten und eine Kündigung vermieden werden kann. Ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates bei der Einführung einheitlicher Regelungen im Zusammenhang mit § 84 SGB IX lässt sich danach nicht aus § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG ableiten.³⁵⁹

³⁵⁷ Vgl. BAG, Beschluss vom 15. 1. 2002, DB 2002, S. 2278, (2279); dahingehend auch LAG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 23. 9. 2010, 25 TaBV 1155/10, veröffentlicht bei Juris; *Faber*, Die arbeitsschutzrechtlichen Grundpflichten, S. 474; *Fabricius*, BB 1997, S. 1254, (1254); *Kohte*, AuR 1984, S. 263, (272 ff.).

³⁵⁸ So auch das LAG Berlin-Brandenburg, a.a.O. (Fn. 357), das ein Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG u.a. mit dem Argument ablehnt, die nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG vorausgesetzte Konnexität zwischen Beschäftigung und Gesundheitsrisiko existiere für das betriebliche Eingliederungsmanagement nicht.

³⁵⁹ So hat denn auch das BAG bei der Durchführung von Krankengesprächen, bei denen, wie im Rahmen des BEM, ebenfalls die Aufdeckung und Vermeidung arbeitsbedingter Gesundheitsgefahren zum Gegenstand des Verfahrens gehören kann, ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates aus § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG nicht problematisiert, vgl. BAG, Beschluss vom 8. 11. 1994, AP Nr. 24 zu § 87 BetrVG, Bl. 1066, (Bl. 1066 ff.).

(d) Mitbestimmung wegen eines erhöhten Schutzbedürfnisses der Arbeitnehmer

Die Tatsache, dass im Zusammenhang mit § 84 SGB IX das Persönlichkeitsrecht der Arbeitnehmer betroffen sein kann, weil sich die Arbeitnehmer im Rahmen des BEM oder Präventionsverfahrens möglicherweise für verpflichtet halten, dem Arbeitgeber die Ursachen ihrer Arbeitsunfähigkeit bzw. Leistungsminderung mitzuteilen, führt zu keinem abweichenden Ergebnis. Zwar mag hier durchaus ein erhöhtes Schutzbedürfnis der Arbeitnehmer bestehen. Dieses Schutzbedürfnis allein kann aber nicht zu einer Mitbestimmungspflichtigkeit einer Arbeitgebermaßnahme führen, wenn ansonsten ein Mitbestimmungstatbestand im Sinne des § 87 BetrVG nicht gegeben ist.³⁶⁰

Im Übrigen wird dieser möglichen Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts bei § 84 SGB IX dadurch Rechnung getragen, dass die Arbeitnehmer nicht verpflichtet sind, im Rahmen eines BEM bzw. Präventionsverfahrens in einer ihre Persönlichkeitsrechte einschränkenden Weise mitzuwirken und Auskunft über die Ursachen ihrer Arbeitsunfähigkeit oder Leistungsminderung zu erteilen.³⁶¹ Darüberhinaus ist durch die zwingende Beteiligung von Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung im Rahmen der Verfahren nach § 84 SGB IX auch ohne Mitbestimmungsrecht gewährleistet, dass die Arbeitnehmer während der Erörterung hinreichend Unterstützung erfahren.

³⁶⁰ Anders das BAG, das mit der erhöhten Schutzbedürftigkeit der Arbeitnehmer bei der Führung von Krankengesprächen die Mitbestimmungspflichtigkeit solcher Gespräche zu begründen scheint, vgl. BAG, Beschluss vom 8. 11. 1994, AP Nr. 24 zu § 87 BetrVG 1972 Ordnung des Betriebes, Bl. 1066, (Bl. 1067 ff.); wie hier argumentiert auch *Raab*, der in Bezug auf formalisierte Krankengespräche der Argumentation des BAG in seinem Beschluss vom 8. 11. 1994 entgegentritt, vgl. *Raab*, Anmerkung zum Beschluss des BAG vom 8. 11. 1994, AP Nr. 24 zu § 87 BetrVG 1972 Ordnung des Betriebes, Bl. 1066, (Bl. 157 ff.).

³⁶¹ Vgl. zu den Auskunftspflichten des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber in Bezug auf die Ursachen seiner Arbeitsunfähigkeit, *Lepke*, Kündigung bei Krankheit, S. 194 ff., Rn. 132 ff., m. w. Nw.

(3) Einseitige Durchsetzung des Abschlusses einer Betriebsvereinbarung über § 84 SGB IX durch die Anrufung der Einigungsstelle

Mangels eines Mitbestimmungsrechtes kann der Betriebsrat gegen den Willen des Arbeitgebers grundsätzlich keine einheitlichen Regelungen über ein BEM oder Präventionsverfahren im Betrieb etablieren, auf dessen Grundlage er den Arbeitgeber zur Durchführung der in § 84 SGB IX normierten Verfahren verpflichten könnte.

Bis zu einer klärenden Entscheidung des BAG über das Bestehen von Mitbestimmungsrechten in Zusammenhang mit § 84 SGB IX ist jedoch Folgendes zu beachten: Lehnt der Arbeitgeber Verhandlungen über den Abschluss einer Betriebsvereinbarung zu Präventionsverfahren bzw. BEM ab, kann der Betriebsrat ungeachtet der oben getroffenen Feststellungen nach § 87 Abs. 3 BetrVG beim Arbeitsgericht die Einsetzung einer Einigungsstelle beantragen und auf diesem Wege ggf. den Abschluss einer Betriebsvereinbarung über ein BEM bzw. Präventionsverfahren bewirken. Dies folgt aus § 98 Abs. 1 Satz 2 ArbGG, wonach die Einsetzung der Einigungsstelle wegen fehlender Zuständigkeit vom Arbeitsgericht nur zurückgewiesen werden kann, wenn sie offensichtlich unzuständig ist.

Von einer offensichtlichen Unzuständigkeit ist nur auszugehen, wenn bei fachkundiger Beurteilung durch das Gericht sofort erkennbar ist, dass ein zwingendes Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates in der fraglichen Angelegenheit unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt infrage kommt und sich die beizulegende Streitigkeit zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat erkennbar nicht unter einen mitbestimmungspflichtigen Tatbestand des Betriebsverfassungsgesetzes subsumieren lässt.³⁶² Ist dagegen das Bestehen eines Mitbestimmungsrechtes, wie im Zusammenhang mit § 84 SGB IX, in Rechtsprechung und Literatur umstritten und diese Frage noch nicht höchstrichterlich entschieden, ist eine offensichtliche Unzuständigkeit im Sinne von § 98 Abs. 1 Satz 2 ArbGG nicht gegeben.³⁶³

³⁶² LAG Hamm, Beschluss vom 7. 7. 2003, NZA-RR 2003, S. 637, (637); LAG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 19. 12. 2006, AiB 2007, S. 425, (425 ff.); ArbG Dortmund, Beschluss vom 20. 6. 2005, 5 BV 48/05, veröffentlicht bei Juris; Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöße/Matthes/Schlewing, ArbGG, § 98, Rn. 6 ff.

³⁶³ LAG Schleswig-Holstein, a.a.O. (Fn. 362).

In der Praxis kann es daher dazu kommen, dass das befassende Arbeitsgericht auf Antrag des Betriebsrates eine Einigungsstelle mit dem Gegenstand BEM oder Präventionsverfahren einsetzt, auch wenn nach der hier vertretenen Ansicht kein zwingendes Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates besteht und die Einigungsstelle an sich nicht zuständig ist. Gelangt im weiteren Verlauf dann die Einigungsstelle im Rahmen der Prüfung ihrer Zuständigkeit zu der Überzeugung, dass bei der Aufstellung eines formalisierten Verfahrens über ein BEM oder Präventionsverfahren Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates im Sinne des § 87 BetrVG bestehen, kann dies im Ergebnis dazu führen, dass eine Betriebsvereinbarung über § 84 SGB IX in Form eines Spruchs der Einigungsstelle zustande kommt. Auf der Grundlage dieser Betriebsvereinbarung ist der Betriebsrat dann in der Lage, den Arbeitgeber zur Einhaltung seiner Pflichten aus § 84 SGB IX anzuhalten.³⁶⁴

Diese vorstehend umschriebene Durchsetzungsmöglichkeit der Pflichten aus § 84 SGB IX besteht allerdings nur, solange sich das BAG noch nicht mit der Frage der Mitbestimmungspflichtigkeit eines BEM bzw. Präventionsverfahrens auseinandergesetzt hat. Sie erweist sich damit nicht als dauerhaftes Steuerungsmittel des Betriebsrates zur Durchsetzung der Präventionspflichten aus § 84 SGB IX.

cc. Zwischenergebnis

In den Angelegenheiten, in denen ein zwingendes Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates im Hinblick auf § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX besteht, ist die Betriebsvereinbarung ein effektives Steuerungsmittel, um die betriebliche Umsetzung der besonderen Vorgaben der Norm zu gewährleisten. Dies gilt trotz des Vorbehaltes, dass der Betriebsrat auch auf Grundlage einer entsprechenden Betriebsvereinbarung nicht bestimmte Einzelleistungen zugunsten eines schwerbehinderten Arbeitnehmers einfordern, sondern nur die organisatorischen Rahmenbedingungen für eine behinderten- und fä-

³⁶⁴ Dass der Betriebsrat hierüber gegenwärtig eine realistische Chance hat, die Präventionspflichten durchzusetzen, beweist der vom ArbG Dortmund im Jahr 2005 entschiedene Fall, in dem das Gericht eine Einigungsstelle eingesetzt hat, die im weiteren Verlauf durch ihren Spruch das Zustandekommen einer Betriebsvereinbarung über ein BEM bewirkt hat, vgl. ArbG Dortmund, Beschluss vom 20. 6. 2005, 5 BV 48/05, veröffentlicht bei Juris; vgl. ferner den Spruch der Einigungsstelle aufgrund des Beschlusses des ArbG Dortmund, iqpr-Forum B, Anlage 2 zum Diskussionsbeitrag Nr. 9/2006, veröffentlicht im Internet unter http://www.iqpr.de/iqpr/seiten/diskussionsforen/forumb/forum-b-de.asp#B9_2006, (letzter Abruf am 12. 10. 2010).

higkeitsgerechte Beschäftigung Schwerbehinderter im Betrieb durchsetzen kann.

Im Zusammenhang mit § 84 SGB IX stellt der Abschluss einer Betriebsvereinbarung dagegen grundsätzlich ein nur beschränkt durchsetzbares Steuerungsmittel dar, um zu gewährleisten, dass die Verfahren des § 84 SGB IX im Betrieb Beachtung finden.

Da es sich bei der Etablierung betriebseinheitlicher Regelungen über § 84 SGB IX nicht um einen Tatbestand der Mitbestimmung im Sinne des § 87 BetrVG handelt, ist grundsätzlich eine einseitige Herbeiführung derartiger Regelungen ohne die Mitwirkung des Arbeitgebers über die Anrufung der Einigungsstelle nicht möglich. Der Betriebsrat bleibt im Zusammenhang mit § 84 SGB IX grundsätzlich auf den guten Willen des Arbeitgebers angewiesen und kann damit die Effektivität der von der Norm angestrebten Kündigungsprävention nicht einseitig beeinflussen.

b. Durchsetzung über den Abschluss einer Integrationsvereinbarung

Angesichts der fehlenden Erzwingbarkeit einer Betriebsvereinbarung über Präventionsverfahren und BEM ist zu prüfen, ob den betrieblichen Interessenvertretungen mit der Integrationsvereinbarung als spezifisches Regelungsinstrument des Schwerbehindertenrechts ein effektiveres Steuerungsinstrument zur betriebseinheitlichen Umsetzung der Pflichten aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 und § 84 SGB IX zur Verfügung steht.

Nach der gesetzlichen Konzeption der Integrationsvereinbarung, die in § 83 SGB IX geregelt ist, sollen Arbeitgeber, Schwerbehindertenvertretung und der Betriebsrat im Rahmen einer Integrationsvereinbarung einvernehmlich konkrete Ziele und Maßnahmen zur Eingliederung schwerbehinderter Menschen in das Arbeitsleben regeln.³⁶⁵ Hierdurch soll die Beschäftigung Schwerbehinderter gefördert werden, neue Arbeitsplätze geschaffen und schon bestehende Arbeitsplätze möglichst erhalten werden.³⁶⁶

³⁶⁵ Vgl. insoweit den Bericht der Bundesregierung nach § 160 SGB IX über die Beschäftigungssituation schwerbehinderter Menschen vom 26. 6. 2003, BT-DS 15/1295, S. 27; zum Regelungsgegenstand der Integrationsvereinbarung in diesem Sinne auch *Seel*, br 2001, S. 61, (61); v. *Seggern*, AiB 2000, S. 717, (724); *Worseck*, br 2003, S. 136, (136).

³⁶⁶ Begründung der Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Ausbildung und Beschäftigung schwerbehinderter Menschen vom 17. 10. 2003, BR-DS 746/03, S. 22, 33; *Feldes*, br 2001, S. 157, (158); *Worseck*, br 2003, S. 136, (136).

Sämtliche Aufgaben, die § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX dem Arbeitgeber im Zusammenhang mit der Beschäftigung Schwerbehinderter aufgibt, können Gegenstand einer Integrationsvereinbarung sein. Dies ergibt sich aus § 83 Abs. 2 Satz 1 SGB IX, wonach obligatorischer Inhalt einer Integrationsvereinbarung Regelungen insbesondere zur Personalplanung, Arbeitsplatzgestaltung, Gestaltung des Arbeitsumfeldes, der Arbeitsorganisation, der Arbeitszeit sowie Regelungen über die Durchführung in den Betrieben sind. Fakultativ können nach § 83 Abs. 2 a Nr. 3 SGB IX im Rahmen der Integrationsvereinbarung Regelungen über Teilzeitarbeit sowie über alle anderen aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX folgenden Pflichten des Arbeitgebers vereinbart werden.³⁶⁷

Seit der Novellierung des Schwerbehindertenrechts durch das Gesetz zur Förderung der Ausbildung und Beschäftigung schwerbehinderter Menschen vom 23. April 2004 können zudem gemäß § 83 Abs. 2 a Nr. 5 SGB IX in einer Integrationsvereinbarung auch Regelungen zur Durchführung der betrieblichen Prävention und zur Gesundheitsförderung getroffen werden. Danach können grundsätzlich auch Regelungen über das Präventionsverfahren sowie das BEM Gegenstand einer Integrationsvereinbarung sein.

Die Integrationsvereinbarung erweist sich wiederum aber nur unter zwei Voraussetzungen als effektives Steuerungsinstrument von Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung zur Durchsetzung der Pflichten aus §§ 81, 84 SGB IX. Zum einen müssten Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung aus einer derartigen Vereinbarung zumindest die oben bereits umschriebenen kollektivrechtlichen Ansprüche im Zusammenhang mit § 81 und § 84 SGB IX ableiten können. Zum anderen müsste der Abschluss einer solchen Integrationsvereinbarung auch gegen den Willen des Arbeitgebers und ohne dessen Mitwirkung durchsetzbar sein.³⁶⁸

³⁶⁷ Dies ergibt sich aus dem Wortlaut des § 83 Abs. 2 a SGB IX, der die ausdrücklich aufgezählten Inhalte nur als Regelbeispiele aufführt, weitere Regelungsgegenstände aber nicht ausschließt („(...) *In der Vereinbarung können insbesondere auch (...)*“).

³⁶⁸ Ähnlich *Worseck*, der meint, bei integrationsunwilligen Arbeitgebern sei das Instrument der Integrationsvereinbarung nur wirkungsvoll, wenn die Arbeitgeber zu einem Abschluss gezwungen werden könnten und die Regelungen für sie verbindlich seien, vgl. *Worseck*, br 2003, S. 136, (137).

aa. Durchführungsanspruch von Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung aus einer Integrationsvereinbarung

Im Betriebsverfassungsrecht ist, wie bereits hervorgehoben, anerkannt, dass der Betriebsrat einen Anspruch hat, dass Betriebsvereinbarungen vom Arbeitgeber eingehalten und die getroffenen Vereinbarungen auch tatsächlich durchgeführt werden.³⁶⁹ Ein Großteil des Schrifttums sowie zum Teil auch die Rechtsprechung leiten diesen Durchführungsanspruch aus § 77 Abs. 1 Satz 1 BetrVG ab, wonach der Arbeitgeber verpflichtet ist, *Vereinbarungen zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber* durchzuführen.³⁷⁰

Das SGB IX enthält keine mit § 77 Abs. 1 Satz 1 BetrVG vergleichbare Bestimmung, wonach der Arbeitgeber zur Durchführung einer Integrationsvereinbarung verpflichtet ist bzw. die betrieblichen Interessenvertretungen die Durchführung einer Integrationsvereinbarung beanspruchen können.

§ 77 Abs. 1 Satz 1 BetrVG lässt sich zur Begründung eines solchen Durchführungsanspruches nicht heranziehen. Zwar bezieht sich § 77 Abs. 1 Satz 1 BetrVG nicht ausschließlich auf Betriebsvereinbarungen, sondern spricht allgemeiner von Vereinbarungen, weshalb dem Betriebsrat z. B. auch in Bezug auf Regelungsabreden ein Durchführungsanspruch auf Grundlage der Norm zugesprochen wird.³⁷¹ Eine Integrationsvereinbarung erweist sich aber nicht als Vereinbarung im Sinne des § 77 Abs. 1 Satz 1 BetrVG, da sie als dreiseitige Vereinbarung zwischen Schwerbehindertenvertretung, Betriebsrat und Arbeitgeber und nicht als bloß zweiseitige Vereinbarung zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber konzipiert ist, wie § 77 Abs. 1 Satz 1 BetrVG es voraussetzt.³⁷²

Das Fehlen einer gesetzlichen Bestimmung, die den Arbeitgeber zur Durchführung einer Integrationsvereinbarung verpflichtet, wäre jedoch für die hier in Rede stehende Frage nach einem Durchführungsanspruch der

³⁶⁹ Vgl. hierzu die Ausführungen unter: Dritter Teil, B. III., 2.

³⁷⁰ Erfurter Kommentar/*Kania*, § 77 BetrVG, Rn. 5; *Goebel*, Der betriebsverfassungsrechtliche Durchführungsanspruch, S. 17 ff., m. w. Nw.

³⁷¹ *Goebel*, a.a.O. (Fn: 370), S. 23 ff. m. w. Nw.

³⁷² Zwar kann die Integrationsvereinbarung in manchen Fällen aus einer Vereinbarung zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber bestehen, wenn es im Betrieb keine Schwerbehindertenvertretung gibt und der Betriebsrat daher nach § 83 Abs. 1 Satz 3 SGB IX an die Stelle der Schwerbehindertenvertretung tritt; dies ändert aber nichts an der grundsätzlich auf drei Vertragsparteien ausgerichteten Konzeption der Integrationsvereinbarung, die § 77 Abs. 1 Satz 1 BetrVG nicht zugrunde liegt.

betrieblichen Interessenvertretungen irrelevant, wenn sich eine Durchführungspflicht und ein mit dieser Pflicht korrespondierender Anspruch unmittelbar aus der Integrationsvereinbarung selbst ableiten ließe.

Im Tarifvertragsrecht wird, ohne Rückgriff auf eine § 77 Abs. 1 Satz 1 BetrVG vergleichbare gesetzliche Regelung, eine Durchführungspflicht der Tarifvertragsparteien aus dem Tarifvertrag selbst hergeleitet. Als Rechtsgrundlage bedient man sich des für privatrechtliche Verträge geltenden Prinzips der Vertragstreue (*pacta sunt servanda*) sowie des Gebots von Treu und Glauben nach § 242 BGB. Danach sei derjenige, der einen Vertrag geschlossen hat, auch verpflichtet, sich an die getroffenen Vereinbarungen zu halten. Die Durchführungspflicht sei daher eine vertragliche Nebenpflicht, die dem Tarifvertrag als privatrechtlichem Vertrag immanent sei, ohne dass es einer ausdrücklichen Vereinbarung zwischen den Tarifvertragsparteien bedürfe.³⁷³

Dieser Ansatz lässt sich auch für die Begründung einer Durchführungspflicht aus einer Integrationsvereinbarung heranziehen. Denn die Integrationsvereinbarung kann wie der Tarifvertrag als privatrechtlicher Vertrag zwischen Betriebsrat, Schwerbehindertenvertretung und Arbeitgeber qualifiziert werden.³⁷⁴

Privatrechtliche Verträge sind Rechtsgeschäfte, mittels derer die Beteiligten im beiderseitigen Einvernehmen eine für sie rechtlich bindende Regelung treffen. Geht dabei der eine Teil oder gehen beide eine Verpflichtung ein, so handelt es sich um einen Schuldvertrag. Wesensmerkmal des privat-

³⁷³ Däubler/*Reim*, TVG, § 1, Rn. 969; Erfurter Kommentar/*Franzen*, § 1 TVG, Rn. 86; *Goebel*, Der betriebsverfassungsrechtliche Durchführungsanspruch, S. 19; *Kempen/Zachert/Zachert*, TVG, § 1, Rn. 666.

³⁷⁴ In Rechtsprechung und Literatur findet sich bisher kaum eine Auseinandersetzung mit der Frage, ob die Integrationsvereinbarung als privatrechtlicher Vertrag zu qualifizieren ist; es wird vornehmlich in Bezug auf die Rechtsnatur der Integrationsvereinbarung diskutiert, ob die Integrationsvereinbarung als eine Art Betriebsvereinbarung, Regelungsabrede oder als Regelung *sui generis* einzuordnen sei, vgl. für eine Regelungsabrede etwa: *Dau/Düwell/Haines/Düwell*, Sozialgesetzbuch IX, § 83, Rn. 3 und *Gagel/Dalitz*, br 2006, S. 39, (40); für eine Art Betriebsvereinbarung sprechen sich aus: *Kossens/von der Heide/Maaß/Kossens*, SGB IX, § 83, Rn. 4 und *Neumann/Pahlen/Majerski-Pahlen*, SGB IX, § 83, Rn. 8 ff.; für eine Regelung *sui generis*: *Müller-Wenmer/Schorn*, SGB IX, Teil 2, § 83, Rn. 7; v. *Seggern*, AiB 2000, S. 717, (724); nur einzeln wird die Integrationsvereinbarung, unabhängig von ihrer weitergehenden Einordnung im System des BetrVG, als privatrechtlicher Vertrag bezeichnet, vgl. *GK-SGB IX/Schimanski*, Band 2, § 83, Rn. 52 ff, Rn. 136 ff.; *Weyand/Schubert*, *SchwerbehR*, S. 79.

rechtlichen Vertrages ist hiernach die Herbeiführung rechtlich verbindlicher Regelungen durch übereinstimmende Willenserklärungen der Parteien.³⁷⁵ Dieses Wesensmerkmal ist nach der gesetzlichen Konzeption auch der Integrationsvereinbarung immanent. § 83 Abs. 1 Satz 1 SGB IX geht ausdrücklich davon aus, dass Arbeitgeber und betriebliche Interessenvertretungen *eine verbindliche Integrationsvereinbarung* treffen und nicht etwa nur unverbindliche Zielvorstellungen formulieren.

Einer zwischen Arbeitgeber, Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung abgeschlossenen Integrationsvereinbarung lässt sich danach auch die vertragliche Nebenpflicht entnehmen, die getroffenen Vereinbarungen einzuhalten und sich um die Umsetzung im Betrieb zu bemühen. Dabei ist unerheblich, ob schuldrechtliche Abreden, die die Vertragsparteien gegenseitig berechtigen und verpflichten, überhaupt Gegenstand einer Integrationsvereinbarung sein können. Hiervon unabhängig hat die Integrationsvereinbarung auch ohne Regelung solcher gegenseitigen Rechte und Pflichten als vertragliche Vereinbarung eine verpflichtende Wirkung.³⁷⁶

Im Ergebnis kann somit festgehalten werden, dass Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung aufgrund des privatrechtlichen Grundsatzes der Vertragstreue in Verbindung mit § 242 BGB gegenüber dem Arbeitgeber einen Anspruch darauf haben, dass dieser die im Rahmen einer Integrationsvereinbarung getroffenen Regelungen einhält und sich für die Umsetzung im Betrieb einsetzt.

Ist es danach zum Abschluss einer Integrationsvereinbarung über Regelungen und Zielvereinbarungen im Zusammenhang mit der Beschäftigung Schwerbehinderter im Sinne der §§ 81, 84 SGB IX gekommen, können Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung im Falle der Missachtung den Arbeitgeber – notfalls auch gerichtlich unter Androhung von Zwangs- bzw. Ordnungsgeld – auf Einhaltung der Vereinbarung in Anspruch nehmen.

³⁷⁵ Zum Begriff des Vertrages *Flume*, BGB AT, Band 2, § 33 2, S. 601 ff.; *Larenz*, Schuldrecht, Band 1, Einl. § 1, S. 1; *Larenz/Wolf*, BGB AT, § 29, Rn. 3 ff.

³⁷⁶ So auch *Goebel*, die in Bezug auf die Betriebsvereinbarung danach unterscheidet, ob eine Betriebsvereinbarung einen schuldrechtlichen Teil haben kann oder aber ohne einen solchen Teil schuldrechtlich wirken kann, vgl. *Goebel*, Der betriebsverfassungsrechtliche Durchführungsanspruch, S. 21 ff.; ähnlich *Hanau*, der für Betriebsvereinbarungen einen rein schuldrechtlichen Inhalt ausschließt, der Betriebsvereinbarung aber nicht die schuldrechtliche Wirkung abspricht, aus der die Durchführungsverpflichtung des Arbeitgebers gegenüber dem Betriebsrat resultiert, vgl. *Düwell/Hanau/Molkenbur/Schliemann/Hanau*, Betriebsvereinbarung, S. 77.; differenzierend auch *Richardi/Richardi*, BetrVG, § 77, Rn. 59 ff.

Wie bei der Betriebsvereinbarung können Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung zwar nicht einzelne Maßnahmen nach § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX zugunsten eines schwerbehinderten Arbeitnehmers einfordern bzw. die Einleitung eines Präventionsverfahrens bzw. BEM erzwingen. Die betrieblichen Interessenvertretungen können aber wohl die organisatorischen Voraussetzungen für eine behinderten- und fähigkeitsgerechte Beschäftigung Schwerbehinderter bzw. für die Beachtung des Verfahren nach § 84 SGB IX durchsetzen. So können sie beispielsweise durchsetzen, dass der Arbeitgeber in regelmäßigen Abständen bei den Arbeitsplätzen der schwerbehinderten Arbeitnehmer Gefährdungs- und Belastungsanalysen vornimmt, um einen möglichen Anpassungsbedarf im Sinne des § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX bzw. einen möglicherweise gegebenen Interventionsbedarf im Sinne des § 84 SGB IX ermitteln zu können.

Mit dem Abschluss einer Integrationsvereinbarung werden hiernach die Durchsetzungsmöglichkeiten der betrieblichen Interessenvertretungen im Hinblick auf die besonderen Pflichten des Arbeitgebers aus § 81 und § 84 SGB IX erhöht.

bb. Möglichkeiten des Betriebsrates und der Schwerbehindertenvertretung zur einseitigen Durchsetzung des Abschlusses einer Integrationsvereinbarung

Die Integrationsvereinbarung verhilft Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung aber nur dann zu einer effektiven Durchsetzungsmöglichkeit der §§ 81, 84 SGB IX, wenn Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung auch gegen den Willen des Arbeitgebers den Abschluss einer Integrationsvereinbarung erwirken können.

(1) Anspruch auf Verhandlungen und auf Abschluss einer Integrationsvereinbarung aus § 83 Abs. 1 Satz 2 und Satz 3 SGB IX

Unzweifelhaft haben die betrieblichen Interessenvertretungen einen Anspruch gegenüber dem Arbeitgeber auf Aufnahme von Verhandlungen über den Abschluss einer Integrationsvereinbarung. Dies ergibt sich aus § 83 Abs. 1 Satz 2 und Satz 3 SGB IX. Danach wird auf Antrag der Schwerbehindertenvertretung bzw. des Betriebsrates über den Abschluss einer Integrationsvereinbarung verhandelt.³⁷⁷ Weigert sich der Arbeitgeber,

³⁷⁷ So auch die allgemeine Ansicht in der bisher einschlägigen Rechtsprechung und Literatur, vgl. LAG Hamm, Beschluss vom 19. 1. 2007, NZA-RR 2007, S. 535,

Verhandlungen über eine Integrationsvereinbarung aufzunehmen, können Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung den Arbeitgeber zur Aufnahme von entsprechenden Verhandlungen gerichtlich verpflichten lassen.³⁷⁸ Unklar ist jedoch, welche Handhabe den betrieblichen Interessenvertretungen bleibt, wenn sich trotzdem keine Einigung erzielen lässt und der Arbeitgeber die Verhandlungen ohne Abschluss einer Integrationsvereinbarung abbricht.

Der Gesetzgeber hat sich dieser Problematik nicht angenommen und kein spezifisches Instrumentarium zur Konfliktlösung normiert. Die in § 83 Abs. 1 Satz 4 SGB IX angesprochene Möglichkeit, das Integrationsamt hinzuzuziehen, hilft nicht weiter, da das Integrationsamt nach § 83 SGB IX keine Entscheidungsbefugnisse hat. Es kann sich nur um eine Vermittlung der gegenteiligen Interessen bemühen, eigene Schlichtungsvorschläge unterbreiten und versuchen, argumentativ auf den Arbeitgeber einzuwirken. Zeigt sich der Arbeitgeber gleichwohl nicht zum Abschluss einer Integrationsvereinbarung bereit, kann das Integrationsamt den Arbeitgeber nicht zwingen, eine von ihm vorgeschlagene Integrationsvereinbarung abzuschließen.

Es stellt sich daher die Frage, ob zugunsten der betrieblichen Interessenvertreter zumindest gerichtliche Durchsetzungsmöglichkeiten im Hinblick auf den Abschluss einer bestimmten Integrationsvereinbarung bestehen.

Grundvoraussetzung hierfür wäre, dass Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung nach § 83 SGB IX einen Anspruch auf Abschluss einer Integrationsvereinbarung haben. Schon das lässt sich aber mit treffenden Argumenten bezweifeln. So kann aus der Formulierung des § 83 Abs. 1 Satz 1 SGB IX, wonach die Arbeitgeber mit den betrieblichen Interessenvertretungen eine verbindliche Integrationsvereinbarung treffen, kein entsprechender Anspruch hergeleitet werden. Aus einer Verpflichtung des Arbeitgebers, Integrationsvereinbarungen abzuschließen, folgt nicht

(535 ff.); *Düwell*, BB 2000, S. 2570, (2571); v. *Seggern*, AiB 2000, S. 717, (724); *Kossens/von der Heide/Maaß/Kossens*, SGB IX, § 83, Rn. 5; *Neumann/Pahlen/Majerski-Pahlen/Neumann*, SGB IX, § 83, Rn. 4; *Seel*, br 2001, S. 61, (65); *Welti/Laskowski*, ZESAR 2003, S. 215, (219); *Weyand/Schubert*, *SchwerbehR*, S. 78.

³⁷⁸ Die Anrufung des Arbeitsgerichts erfolgt im Wege des Beschlussverfahrens nach § 2a Nr. 3 a ArbGG, § 95 SGB IX; so auch *Dau/Düwell/Haines/Düwell*, *Sozialgesetzbuch IX*, § 83 SGB IX, Rn. 4; *Welti/Laskowski*, a.a.O. (Fn. 377).

zwingend ein korrespondierender Anspruch von Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung.

Gegen die Herleitung eines solchen Anspruchs spricht auch, dass das SGB IX in anderen Vorschriften, beispielsweise in § 84 Abs. 2 SGB IX, deutlich zwischen Verpflichtungslage des Arbeitgebers einerseits und anspruchsbegründender Berechtigungslage andererseits unterscheidet.³⁷⁹

Zudem ist zu fragen, warum der Gesetzgeber den betrieblichen Interessenvertretungen in § 83 Abs. 1 Satz 2 und Satz 3 SGB IX ausdrücklich einen Anspruch auf Verhandlungen einräumen sollte, wenn Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung nach § 83 Abs. 1 Satz 1 SGB IX schon einen Anspruch auf Abschluss einer Integrationsvereinbarung hätten. Da der Anspruch auf Abschluss einer Integrationsvereinbarung den Verhandlungsanspruch mitumfassen würde, wäre es an sich überflüssig, den Verhandlungsanspruch ausdrücklich zu normieren. Im Umkehrschluss muss dies bedeuten, dass der Gesetzgeber den betrieblichen Interessenvertretungen zwar einen Verhandlungsanspruch, nicht aber einen Anspruch auf Abschluss einer Integrationsvereinbarung einräumen wollte.³⁸⁰

Dieses Auslegungsergebnis wird schließlich bestätigt durch die Entstehungsgeschichte des § 83 SGB IX, der auf § 14b SchwbG zurückzuführen ist und, wie eingangs erwähnt, mit dem Gesetz zur Förderung der Ausbildung und Beschäftigung schwerbehinderter Menschen vom 23. April 2004 novelliert wurde. Der gesetzgeberischen Novellierung im Jahr 2004 vorausgehend wurde in dem gemäß § 160 SGB IX vorgeschriebenen Bericht der Bundesregierung vom 26. Juni 2003 über die Beschäftigungssituation schwerbehinderter Menschen und die danach zu treffenden Maßnahmen ausdrücklich die Frage ausgeworfen, ob der Schwerbehindertenvertretung

³⁷⁹ Hierauf wurde bereits im Zusammenhang mit der Frage hingewiesen, ob den betrieblichen Interessenvertretungen im Rahmen des § 84 Abs. 1 SGB IX ein Anspruch auf Durchführung eines Präventionsverfahrens zukommt, vgl. die Ausführungen mit weiteren Beispielen unter: Dritter Teil, B., III., 1., b.; wie hier argumentiert auch das LAG Hamm, Beschluss vom 19. 1. 2007, NZA-RR 2007, S. 535, (535 ff.); a.A. *Seel*, br 2001, S. 61, (63) und *Worseck*, br 2003, S. 136, (137), die aus der Verpflichtung des Arbeitgebers einen gerichtlich einklagbaren Anspruch der Interessenvertretungen auf Abschluss einer Integrationsvereinbarung ableiten wollen; ähnlich auch *Feldes*, der aus der Pflicht zum Abschluss einer verbindlichen Integrationsvereinbarung folgert, dass ein Anspruch auf Abschluss derselben besteht, vgl. *Feldes*, Handbuch IV, S. 19; ähnlich auch v. *Seggern*, AiB 2000, S. 717, (724).

³⁸⁰ In diesem Sinne zutreffend LAG Hamm, a.a.O. (Fn. 379); *Hauck/Noftz*, SGB IX, § 83, Rn. 6; *Kossens/von der Heide/Maäß/Kossens*, SGB IX, § 83, Rn. 5.

und dem Betriebsrat neben einem Recht auf Verhandlungen auch ein solches auf Abschluss einer Integrationsvereinbarung eingeräumt werden sollte.³⁸¹ Wenn darauf von Seiten des Gesetzgebers als Adressat des Berichts keine Reaktion erfolgte und im Rahmen der Novellierung § 83 Abs. 1 SGB IX unverändert geblieben ist, lässt dies nur den Schluss zu, dass die Prüfung einer Ergänzung des § 83 Abs. 1 SGB IX negativ verlaufen ist und der Gesetzgeber den betrieblichen Interessenvertretungen keinen Anspruch auf Abschluss einer Integrationsvereinbarung einräumen wollte.³⁸²

Wortlaut, gesetzgeberische Konzeption und die entstehungsgeschichtlichen Umstände im Zusammenhang mit § 83 SGB IX sprechen hiernach dafür, dass die Norm auf ihre freiwillige Befolgung ausgerichtet ist und keinen Anspruch der betrieblichen Interessenvertretungen auf Abschluss einer Integrationsvereinbarung begründet.

(2) Sonstige Durchsetzungsmöglichkeiten aus dem SGB IX

Wenn der Arbeitgeber zum Abschluss einer Integrationsvereinbarung nicht bereit ist, enthält das SGB IX auch im Übrigen keine spezifischen Durchsetzungsmöglichkeiten.

Die Missachtung des § 83 Abs. 1 Satz 1 SGB IX, der dem Arbeitgeber den Abschluss einer Integrationsvereinbarung verbindlich vorschreibt, ist weder bußgeldbewehrt noch strafbar. Die betrieblichen Interessenvertreter haben damit nicht die Möglichkeit, das Inaussichtstellen möglicher Bußgelder bzw. Geldstrafen als Druckmittel zu verwenden, um den Arbeitgeber zum Einlenken zu bewegen.

Desweiteren ist den betrieblichen Interessenvertretern auch der Weg über das im BetrVG vorgesehene Einigungsstellenverfahren verwehrt. Zwar ließe sich die Auseinandersetzung zwischen Betriebsrat, Schwerbehindertervertretung und Arbeitgeber über den Abschluss einer Integrationsvereinbarung noch als Meinungsverschiedenheit im Sinne des die Zuständigkeit der Einigungsstelle begründenden § 76 Abs. 1 Satz 1 BetrVG verstehen. Bei dem Abschluss einer Integrationsvereinbarung handelt es sich aber

³⁸¹ Vgl. den Bericht der Bundesregierung nach § 160 des Neunten Buches Sozialgesetzbuch (SGB IX) über die Beschäftigungssituation schwerbehinderter Menschen vom 26. 6. 2003, BT-DS 15/1295, S. 38.

³⁸² So zutreffend LAG Hamm, Beschluss vom 19. 1. 2007, NZA-RR 2007, S. 535, (535 ff.).

um keine Angelegenheit der zwingenden Mitbestimmung nach § 87 BetrVG. Nur in Rahmen der zwingenden Mitbestimmung ist aber nach § 76 Abs. 5 und 6 i.V.m. § 87 Abs. 2 BetrVG eine einseitige Anrufung der Einigungsstelle durch Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung mit dem Ziel der Zwangsschlichtung möglich. Zum Abschluss einer Integrationsvereinbarung könnte danach allenfalls das freiwillige Einigungsstellenverfahren beschränkt werden.

Zeigt sich der Arbeitgeber aber bereits nicht bereit, eine Integrationsvereinbarung abzuschließen, wird er sich auch kaum freiwillig mit Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung darauf verständigen, gemeinsam die Einigungsstelle anzurufen, um deren Einigungsvorschlag als Grundlage für eine Integrationsvereinbarung heranzuziehen.³⁸³

cc. Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass die betrieblichen Interessenvertreter zur Durchsetzung des Abschlusses einer Integrationsvereinbarung gegen den Willen des Arbeitgebers nach der Konzeption des § 83 SGB IX keine Handlungsmöglichkeiten haben. Letztlich kommt es daher auf den guten Willen des Arbeitgebers an, sich auf eine kollektive Vereinbarung über die Pflichten aus §§ 81, 84 SGB IX einzulassen. Die Integrationsvereinbarung ist damit kein effektives Steuerungsmittel zur Durchsetzung der besonderen Pflichten aus §§ 81, 84 SGB IX auf der betrieblichen Ebene.

c. Ergebnis

Zur Durchsetzung der Pflichten aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX ist der Abschluss einer Betriebsvereinbarung ein effektives Steuerungsmittel, da ein solcher auch gegen den Willen des Arbeitgebers durch die Anrufung der Einigungsstelle herbeigeführt werden kann. Auf diesem Wege kann der Betriebsrat einheitliche Regelungen über die behinderten- und fähigkeitsge-

³⁸³ So auch *Worseck*, br 2003, S. 137, (138); a.A. *Gröninger/Thomas*, die davon ausgehen, dass sich Arbeitgeber auf ein freiwilliges Einigungsstellenverfahren einlassen, weil der Abschluss einer Integrationsvereinbarung auch im Interesse der Arbeitgeber sei, da dies die Beschäftigungschancen Schwerbehinderter verbessere und zur Erfüllung der Beschäftigungspflicht und zur Vermeidung der Ausgleichsabgabe beitrage, vgl. *Gröninger/Thomas*, SchwbG, § 14c, Rn. 6; diese Einschätzung ist praxisfremd, da der Arbeitgeber, der nicht zum Abschluss einer Integrationsvereinbarung bereit ist, sich schon wegen der Kosten für die Einigungsstelle, die nach § 76a Abs. 1 BetrVG allein dem Arbeitgeber zur Last fallen, erst Recht nicht auf ein Einigungsstellenverfahren einlassen wird.

rechte Beschäftigung im Betrieb etablieren und damit die Effektivität der von § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX verfolgten Kündigungsprävention verbessern.

Im Hinblick auf § 84 SGB IX besteht dagegen ein Durchsetzungsdefizit, da hier die betrieblichen Interessenvertretungen weder den Abschluss einer Betriebsvereinbarung noch den einer Integrationsvereinbarung gegen den Willen des Arbeitgebers erzwingen können. Insbesondere im Bereich des Präventionsverfahrens, in dem Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung, anders als im Bereich des BEM, keinen kollektivrechtlichen Durchführungsanspruch haben, können die betrieblichen Interessenvertretungen daher wenig zur betrieblichen Umsetzung der Vorgaben aus § 84 Abs. 1 SGB IX beitragen.

3. Möglichkeiten des Betriebsrates zur zukünftigen Durchsetzung der Interventionspflichten aus § 84 SGB IX auf Grundlage des § 23 Abs. 3 BetrVG

Da auf kollektivrechtlicher Ebene, insbesondere im Bereich des Präventionsverfahrens, ein Durchsetzungsdefizit besteht, soll nachfolgend geprüft werden, ob der Betriebsrat zumindest bei einer wiederholten Missachtung der Vorgaben aus § 84 SGB IX einen Durchführungsanspruch im Hinblick auf Präventionsverfahren und BEM hat. Grundlage für diesen Durchführungsanspruch könnte § 23 Abs. 3 BetrVG sein.

§ 23 Abs. 3 BetrVG räumt dem Betriebsrat die Möglichkeit ein, grobe Verstöße des Arbeitgebers gegen seine Pflichten *aus dem BetrVG* für die Zukunft zu unterbinden, indem auf Antrag des Betriebsrates dem Arbeitgeber vom Arbeitsgericht unter Androhung eines Ordnungs- oder Zwangsgeldes aufgegeben werden kann, eine Handlung zu dulden, vorzunehmen oder zu unterlassen. Hierdurch sollen künftige Pflichtwidrigkeiten des Arbeitgebers verhindert und ein gesetzmäßiges Verhalten des Arbeitgebers *im Rahmen der betriebsverfassungsrechtlichen Ordnung* sichergestellt werden.³⁸⁴ Unabhängig davon, unter welchen Voraussetzungen der Betriebsrat von seinem Anspruch aus § 23 Abs. 3 BetrVG Gebrauch machen kann, stellt sich

³⁸⁴ BAG, Beschluss vom 18. 4. 1985, AP Nr. 5 zu § 23 BetrVG 1972, Bl. 1322, (1323 ff.); BAG, Beschluss vom 17. 3. 1987, AP Nr. 7 zu § 23 BetrVG 1972, Bl. 52, (Bl. 53 ff.); Erfurter Kommentar/Koch, § 23 BetrVG, Rn. 17; GK-BetrVG/Oetker, Band 1, § 23, Rn. 124; Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock/Schlochauer, BetrVG, § 23, Rn. 60 ff.; Richardi/Thüsing, BetrVG, § 23, Rn. 74.

hier zunächst die Frage, ob § 23 Abs. 3 BetrVG in Bezug auf § 84 SGB IX überhaupt anwendbar ist.

a. Anwendbarkeit des § 23 Abs. 3 BetrVG in Bezug auf das Präventionsverfahren

Der Wortlaut des § 23 Abs. 3 BetrVG knüpft die Antragsberechtigung des Betriebsrates ausdrücklich an das Vorliegen von Verstößen des Arbeitgebers gegen Pflichten aus dem Betriebsverfassungsgesetz („(...) *bei groben Verstößen des Arbeitgebers gegen seine Verpflichtungen aus diesem Gesetz* (...)“). Daher erscheint fraglich, ob § 23 Abs. 3 BetrVG dem Betriebsrat auch eine Durchsetzungsmöglichkeit in Bezug auf die Präventionsverpflichtung nach § 84 Abs. 1 SGB IX verschaffen kann.

Nach heute fast einhelliger Meinung sind mit § 23 Abs. 3 BetrVG trotz des nur auf das BetrVG verweisenden Wortlautes alle Pflichten des Arbeitgebers in Bezug genommen, die das besondere betriebsverfassungsrechtliche Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat näher konkretisieren und die sich daher als betriebsverfassungsrechtliche Pflichten einordnen lassen, unabhängig davon, ob diese Pflichten im BetrVG oder in anderen Gesetzen normiert sind.³⁸⁵

Auch § 84 Abs. 1 SGB IX wäre danach vom Anwendungsbereich des § 23 Abs. 3 BetrVG erfasst, wenn sich die Präventionsverpflichtung als Teil des betriebsverfassungsrechtlichen Normgefüges ansehen ließe. Für die Beurteilung dieser Frage soll zunächst das nach dem Betriebsverfassungsgesetz konzipierte besondere Rechtsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat näher definiert und geprüft werden, wie die aus diesem Rechtsverhältnis folgenden Pflichten des Arbeitgebers ausgestaltet sind. Denn nur dann lässt sich beurteilen, ob die Präventionsverpflichtung aus § 84 Abs. 1 SGB IX ebenfalls als betriebsverfassungsrechtliche Pflicht betrachtet werden kann, die dem Anwendungsbereich des § 23 Abs. 3 BetrVG unterfällt.

³⁸⁵ Erfurter Kommentar/Koch, § 23 BetrVG, Rn. 17; *Fitting*, BetrVG, § 23, Rn. 60; *Heinze*, DB 1983, Beilage Nr. 9, S. 1, (12); *MünchArbR/Matthes*, Band 3, § 329, Rn. 6.

aa. Die Merkmale des durch das Betriebsverfassungsgesetz begründeten Rechtsverhältnisses zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat

Die im BetrVG konzipierte Rechtsbeziehung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat wird kraft Gesetzes durch die Wahl und die anschließende Konstituierung des Betriebsrates nach §§ 1, 7 ff. BetrVG begründet.³⁸⁶ Sie ist geprägt von der unternehmerischen Leitungsbefugnis des Arbeitgebers einerseits, sowie von der Einschränkung dieser Leitungsbefugnis durch die Beteiligungs- und Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates als Interessenvertretungsorgan der Arbeitnehmer andererseits.³⁸⁷

Aus dieser betriebsverfassungsrechtlichen Rechtsbeziehung folgen für Arbeitgeber und Betriebsrat eine Vielzahl von Rechten und Pflichten, die insbesondere im vierten Teil des BetrVG über die Mitwirkung und Mitbestimmung der Arbeitnehmer enthalten sind, aber auch in der generalklauselartigen Bestimmung des § 2 BetrVG.

Unzweifelhaft ist, dass es sich bei der betriebsverfassungsrechtlichen Rechtsbeziehung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat um ein Rechtsverhältnis eigener Art handelt. Dieses ist von der individualrechtlichen Ebene des Arbeitsverhältnisses zwischen dem Arbeitgeber und dem einzelnen Betriebsratsmitglied³⁸⁸ sowie von dem besonderen Verhältnis zwischen Betriebsrat und Arbeitnehmerschaft strikt zu trennen.³⁸⁹

Unklar ist jedoch die genaue rechtliche Einordnung dieser Rechtsbeziehung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat. Das BetrVG lässt durch die Vielzahl der gegenseitigen Rechte und Pflichten lediglich auf ein besonderes Rechtsverhältnis schließen. Eine ausdrückliche Aussage hierüber bzw. über dessen rechtliche Qualifizierung kann dem BetrVG jedoch nicht entnommen werden.³⁹⁰

³⁸⁶ *Belling*, Haftung des Betriebsrats, S. 313; *Heinze*, a.a.O. (Fn. 385), S. 7; *derselbe*, ZfA 1988, S. 53, (72); v. *Hoyningen-Huene*, NZA 1989, S. 121, (124); MünchArbR/v. *Hoyningen-Huene*, Band 3, § 300, Rn. 16.

³⁸⁷ *Däubler/Kittner/Klebe/Wedde*, BetrVG, Einleitung, Rn. 117; v. *Hoyningen-Huene*, FS Wiese, S. 175, (176); *Raab*, Negatorischer Rechtsschutz des Betriebsrats, S. 42; *Richardi/Richardi*, BetrVG, Einleitung, Rn. 84.

³⁸⁸ *V. Hoyningen-Huene*, a.a.O. (Fn. 387), S. 175, (177).

³⁸⁹ Vgl. zu der rechtlichen Qualifizierung des Verhältnisses zwischen Betriebsrat und Arbeitnehmerschaft umfassend *Belling*, Haftung des Betriebsrats, S. 108 ff.; *Heinze*, ZfA 1988, S. 53, (55 ff.).

³⁹⁰ MünchArbR/v. *Hoyningen-Huene*, Band 3, § 300, Rn. 2.

In älteren Literaturansichten wurde die Rechtsbeziehung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat zum Teil als bloße *Jedermannbeziehung* eingestuft, die keinerlei Sonderbeziehung begründe und über den normalen sozialen Kontakt nicht hinausgehe.³⁹¹ Andere Stimmen befürworteten einen organschaftlich-gesellschaftsrechtlichen bzw. verbandsrechtlichen Ansatz.³⁹² Danach wurden Betriebsrat und Arbeitgeber als mit Kompetenzen ausgestattete Organe der verbandsrechtlich verfassten Betriebsgemeinschaft angesehen bzw. als Organe eines zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat bestehenden Gesellschaftsrechtsverhältnisses.³⁹³ Heute wird die Rechtsbeziehung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat dagegen ganz überwiegend in einem schuldrechtlichen Sinne interpretiert. Die gesamte durch das BetrVG begründete Rechtsbeziehung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat wird hiernach einheitlich als gesetzliches Dauerschuldverhältnis eigener Art bzw. als ein dem gesetzlichen Schuldverhältnis zumindest ähnliches Rechtsverhältnis verstanden.³⁹⁴

Zwar verwenden die verschiedenen Stimmen in der Literatur zum Teil unterschiedliche Begrifflichkeiten und entwickeln teilweise weitergehende Rechtsmodelle für die Einordnung der betriebsverfassungsrechtlichen Be-

³⁹¹ *Galperin/Löwisch*, BetrVG, 6. A., vor § 1, Rn. 38.

³⁹² Für eine verbandsrechtlich verfasste Betriebsgemeinschaft *Galperin*, RdA 1959, S. 321, (321 ff.); ähnlich *Herschel*, RdA 1956, S. 161, (167, 168); für ein gesellschaftsrechtliches Rechtsverhältnis *Sorge*, AuR 1953, S. 272, (272).

³⁹³ Sowohl der organschaftliche bzw. gesellschaftsrechtliche Ansatz als auch die Qualifizierung des Rechtsverhältnisses als Jedermannsbeziehung werden heute vom überwiegenden Teil des Schrifttums nicht mehr vertreten, vgl. beispielsweise die ablehnenden Stellungnahmen von *Belling*, Haftung des Betriebsrats, S. 307 ff.; *v. Hoyningen-Huene*, FS Wiese, S. 175, (181 ff.); *Ottmann*, Das betriebsverfassungsrechtliche Rechtsverhältnis, S. 13 ff.; *Wenderoth*, Der allgemeine Unterlassungsanspruch, S. 13; daher soll vorliegend eine Auseinandersetzung mit diesen Ansätzen unterbleiben.

³⁹⁴ In diesem Sinne *Belling*, Haftung des Betriebsrats, S. 312 ff.; *Derleder*, AuR 1983, S. 289, (300); *Ditz*, DB 1984, S. 115, (120); *Heinze*, ZfA 1988, S. 53, (71 ff.); GK-BetrVG/*Oetker*, Band 1, § 23, Rn. 136; *Ottmann*, Das betriebsverfassungsrechtliche Rechtsverhältnis, S. 4 ff., 60 ff.; *Raab*, Negatorischer Rechtsschutz des Betriebsrats, S. 42 ff.; *Seiter*, ZfA 1989, S. 283, (302); *Trittin*, BB 1984, S. 1169, (1172); *v. Hoyningen-Huene*, NZA 1989, S. 121 ff.; *derselbe*, FS Wiese, S. 175, (178 ff.); *derselbe*, in: MünchArbR, Band 3, § 300, Rn. 14 ff.; *Wenderoth*, Der allgemeine Unterlassungsanspruch, S. 16 ff.; hiervon abweichend wird in der Literatur zum Teil nur in Bezug auf einzelne Rechte des Betriebsrates ein Schuldverhältnis bejaht, vgl. *Däubler/Kittner/Klebe/Wedde*, BetrVG, Einleitung, Rn. 123 und auch *Fitting*, BetrVG, § 40, Rn. 90, mit Bezug auf § 40 BetrVG; GK-BetrVG/*Wiese*, Band 1, Einleitung, Rn. 100.

ziehung. Im Kern gehen sie aber übereinstimmend vom Vorliegen eines einheitlichen gesetzlichen Dauerschuldverhältnisses im Sinne des § 241 BGB bzw. von einem dem gesetzlichen Schuldverhältnis zumindest ähnlichen Rechtsverhältnis aus.³⁹⁵ Auch das BAG umschreibt die Beziehung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat nach dem BetrVG als eine dem gesetzlichen Dauerschuldverhältnis ähnliche Rechtsbeziehung.³⁹⁶

Im Ergebnis ist dieser schuldrechtliche Ansatz zutreffend. Die betriebsverfassungsrechtliche Beziehung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat erfüllt, trotz der nicht zu verleugnenden Besonderheiten des BetrVG, die konstituierenden Merkmale des zivilrechtlichen Schuldverhältnisses im Sinne des § 241 Abs. 1 BGB.

Das wohl prägenste Merkmal des Schuldverhältnisses ist ein bestehendes Gefüge gegenseitiger Rechte und Pflichten, das über die Etablierung bloßer Zuständigkeiten und Befugnisse hinausgeht. Das Schuldverhältnis gibt den Parteien das Recht, von dem jeweils anderen Teil ein bestimmtes Tun oder Unterlassen zu verlangen, begründet also korrespondierend zu den jeweiligen Pflichten auch gerichtlich durchsetzbare Ansprüche.³⁹⁷ Mit der Wahl und Konstituierung eines Betriebsrates entsteht nach der Konzeption des BetrVG zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat ein derartiges Gefüge gegenseitiger Rechte und Pflichten, mit denen, jedenfalls teilweise, auch entsprechende gerichtlich durchsetzbare Ansprüche, insbesondere des Betriebsrates gegenüber dem Arbeitgeber, korrespondieren.³⁹⁸

Selbst wenn man davon ausgehen sollte, dass ein Teil der aus dem BetrVG folgenden Rechte des Betriebsrates gerichtlich nicht durchsetzbar ist, wie dies in Bezug auf die Mitbestimmungsrechte aus § 87 BetrVG vertreten

³⁹⁵ So *Heinze*, der auf Grundlage des gesetzlichen Schuldverhältnisses das Vorliegen eines Treuhandverhältnisses entwickelt, vgl. *Heinze*, ZfA 1988, S. 53, (71 ff.); *Raab* geht vom Vorliegen eines dem zivilrechtlichen Schuldverhältnis ähnlichen Rechtsverhältnisses aus und bezeichnet dieses als interorganähnliches Partizipationsverhältnis, vgl. *Raab*, Negatorischer Rechtsschutz des Betriebsrats, S. 41 ff.

³⁹⁶ BAG, Beschluss vom 3. 5. 1994, AP Nr. 23 zu § 23 BetrVG 1972, Bl. 738, (741); BAG, Beschluss vom 23. 7. 1996, DB 1997, S. 378, (379); in diesem Sinne auch schon LAG Frankfurt, Beschluss vom 4. 8. 1987, AuR 1988, S. 91, (91).

³⁹⁷ Larenz, Schuldrecht, Band 1, § 2, S. 6 ff; *Ottmann*, Das betriebsverfassungsrechtliche Rechtsverhältnis, S. 31 ff.

³⁹⁸ GK-BetrVG/*Oetker*, Band 1, § 23, Rn. 134; GK-BetrVG/*Wiese*, Band 1, Einleitung, Rn. 100, Rn. 101; v. *Hoyningen-Huene*, NZA 1989, S. 121, (123); *Heinze*, ZfA 1988, S. 53, (71 ff.).

wird,³⁹⁹ steht dies der Annahme einer schuldrechtsähnlichen Struktur des betriebsverfassungsrechtlichen Rechtsverhältnisses nicht entgegen.

Zwar ist die klageweise Durchsetzbarkeit eines subjektiven Rechts typisches Merkmal der schuldrechtlichen Forderung.⁴⁰⁰ Die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates stellen jedoch selbst bei unterstellter fehlender Klagbarkeit eine gegenüber dem Arbeitgeber auch durchsetzbare Verpflichtung zur Beteiligung des Betriebsrates dar. Denn der Betriebsrat hat die Möglichkeit, durch Anrufung der Einigungsstelle den Arbeitgeber zur Hinnahme einer, auch die Interessen des Betriebsrats bzw. der Belegschaft berücksichtigenden Entscheidung zu zwingen.⁴⁰¹ Hierdurch begründet das BetrVG eine spezifische Durchsetzungsmöglichkeit der Beteiligungsrechte aus § 87 BetrVG, die mit der gerichtlichen Durchsetzbarkeit schuldrechtlicher Ansprüche vergleichbar ist.

Die Mitbestimmungsrechte nach § 87 BetrVG können daher nicht als bloße Zuständigkeitsregelungen verstanden werden.⁴⁰² Hierfür spricht auch, dass der Spruch der Einigungsstelle als spezifisches Durchsetzungsinstrument der Mitbestimmungsrechte letztlich für den Arbeitgeber nicht unverbindlich bleibt, sondern dessen Durchführung vom Betriebsrat klageweise gegenüber dem Arbeitgeber durchgesetzt werden kann.⁴⁰³

Die schuldrechtliche Struktur des betriebsverfassungsrechtlichen Rechtsverhältnisses lässt sich schließlich auch aus dem Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit nach § 2 BetrVG ableiten. Dieses verpflichtet die Betriebsparteien in allen betriebsverfassungsrechtlichen Belangen zur Kooperation und wird allgemein als Konkretisierung des zivilrechtlichen

³⁹⁹ So Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock/Worzalla, BetrVG, § 87, Rn. 612.

⁴⁰⁰ Larenz, Schuldrecht, Band 1, § 2 III, S. 19 ff.; Ottmann, Das betriebsverfassungsrechtliche Rechtsverhältnis, S. 36.

⁴⁰¹ Vgl. Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock/Worzalla, BetrVG, § 87, Rn. 87; Richardi/Richardi, BetrVG, § 87, Rn. 130 ff. und Rn. 964 ff.

⁴⁰² Ähnlich Belling, Haftung des Betriebsrats, S. 109 ff., wie hier auch Heinze, der die Mitbestimmungsrechte zutreffend als subjektive, eigene Rechte des Betriebsrates einstuft, vgl. Heinze, DB 1983, Beilage 9, S. 1, (7); derselbe, ZfA 1988, S. 53, (62); so auch v. Hoyningen-Huene, FS Wiese, S. 175, (180); Prütting, RdA 1995, S. 257, (258, 261); Ottmann, Das betriebsverfassungsrechtliche Rechtsverhältnis, S. 116 ff.; Richardi, NZA 1995, S. 8, (10); a.A. Wiese, der die Mitbestimmungsrechte nur als Zuständigkeiten und nicht als subjektive Rechte oder gar Ansprüche des Betriebsrates verstanden wissen will und aus diesem Grund ein gesetzliches Schuldverhältnis verneint, vgl. GK-BetrVG/Wiese, Band 1, Einleitung, Rn. 99.

⁴⁰³ Däubler/Kittner/Klebe/Berg, BetrVG, § 76, Rn. 89, § 77, Rn. 5; Ottmann, Das betriebsverfassungsrechtliche Rechtsverhältnis, S. 49.

Grundsatzes von Treu und Glauben nach § 242 BGB verstanden.⁴⁰⁴ Das Gebot zur vertrauensvollen Zusammenarbeit konstituiert, wie § 242 BGB im Rahmen des zivilrechtlichen Schuldverhältnisses, bei der Wahrnehmung der betriebsverfassungsrechtlichen Rechte und Pflichten gegenseitige Rücksichtnahme- und Schutzpflichten.⁴⁰⁵ Diese § 242 BGB nachgebildete, besondere Treuebindung der Betriebsparteien lässt sich nur damit begründen, dass die Beziehung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat nicht einer *Jedermannsbeziehung* entspricht, sondern einer dem Schuldverhältnis vergleichbaren Sonderbeziehung, bei der die Einwirkungsmöglichkeiten des einen Teils auf die Rechtsgüter des anderen Teils eines Ausgleichs durch erhöhte Rücksichtnahme- und Schutzpflichten bedürfen.⁴⁰⁶

bb. Konsequenzen für die aus dem betriebsverfassungsrechtlichen Verhältnis folgende Pflichtenstruktur und die Einstufung der Präventionsverpflichtung

Aufgrund der Qualifizierung des betriebsverfassungsrechtlichen Rechtsverhältnisses als gesetzliches Schuldverhältnis können als betriebsverfassungsrechtlich nur solche Pflichten des Arbeitgebers eingestuft werden, die gegenüber dem Betriebsrat als *Vertragspartner* des gesetzlichen Schuldverhältnisses bestehen. Nicht betriebsverfassungsrechtlich sind dagegen die Pflichten des Arbeitgebers, die außerhalb der bipolaren Beziehung gegenüber dem einzelnen Arbeitnehmer bestehen.⁴⁰⁷

⁴⁰⁴ BAG, Beschluss vom 21. 4. 1983, AP Nr. 20 zu § 40 BetrVG 1972, Bl. 183, (187); BAG, Beschluss vom 3. 5. 1994, AP Nr. 23 zu § 23 BetrVG 1972, Bl. 738, (741); *Belling*, Haftung des Betriebsrats, S. 310; *Fitting*, BetrVG, § 2, Rn. 16; GK-BetrVG/*Franzen*, Band 1, § 2, Rn. 11; *Raab*, ZfA 1997, S. 183, (198, 199); *Richardi/Richardi*, BetrVG, § 2, Rn. 7; *Trittin*, BB 1984, S. 1169, (1173); *Wenderoth*, Der allgemeine Unterlassungsanspruch, S. 17.

⁴⁰⁵ *Belling*, Haftung des Betriebsrats, S. 310; *Fitting*, BetrVG, § 2, Rn. 23; GK-BetrVG/*Franzen*, Band 1, § 2, Rn. 13.

⁴⁰⁶ So auch *Belling*, Haftung des Betriebsrats, S. 310; *Raab*, ZfA 1997, S. 183, (198).

⁴⁰⁷ So auch *Heinze*, der als betriebsverfassungsrechtlich nur Verpflichtungslagen des Arbeitgebers anerkennen will, denen entsprechende Berechtigungslagen des Betriebsrates gegenüberstehen, vgl. *Heinze*, DB 1983, Beilage 9, S. 1, (8, 12); ähnlich *Konzen*, der als betriebsverfassungsrechtlich solche Pflichten einstuft, die den Arbeitgeber und den Betriebsrat in ihrer Eigenschaft als Subjekte des Betriebsverfassungsrechts treffen, nicht aber solche, die die Stellung des Arbeitgebers gegenüber einem Arbeitnehmer betreffen, vgl. *Konzen*, Leistungspflichten, S. 70 ff.; a.A. *Lobinger*, ZfA 2004, S. 101, (131), der davon ausgeht, dass § 23 Abs. 3 BetrVG sämtliche Verpflichtungen des Arbeitgebers aus dem BetrVG erfasst, auch die gegenüber einzelnen Arbeitnehmern bestehenden Verpflichtungen.

Dies ergibt sich daraus, dass ein spezifisches Merkmal des zivilrechtlichen Schuldverhältnisses die sogenannte Relativität der Rechte und Pflichten ist. Diese besagt, dass nur die am Schuldverhältnis unmittelbar Beteiligten durch dieses berechtigt und verpflichtet werden, also ein ausschließlich auf die andere Partei des Schuldverhältnisses bezogenes wechselseitiges Rechte- und Pflichtengefüge *inter partes* besteht.⁴⁰⁸

Die Präventionsverpflichtung des Arbeitgebers nach § 84 Abs. 1 SGB IX enthält nicht die den sonstigen betriebsverfassungsrechtlichen Pflichten immanente Struktur des gegenseitigen Verlangenkönnens. Wie bereits dargelegt, lässt sich aus § 84 Abs. 1 SGB IX kein Anspruch des Betriebsrates gegenüber dem Arbeitgeber auf Durchführung eines Präventionsverfahrens ableiten. Mit der Präventionsverpflichtung korrespondiert, wie ansonsten im Rahmen des betriebsverfassungsrechtlichen Verhältnisses der Betriebsparteien üblich, somit keine entsprechende Berechtigungslage des Betriebsrates. Das lässt darauf schließen, dass die in § 84 Abs. 1 SGB IX normierte Pflicht zur Durchführung eines Präventionsverfahrens nicht gegenüber dem Betriebsrat besteht, sondern lediglich gegenüber dem Arbeitnehmer, dessen Schwierigkeiten die Interventionspflicht des Arbeitgebers auslösen. Diese Einordnung legt auch die Stellung des § 84 SGB IX im Kapitel 3 des SGB IX nahe. Das Kapitel 3 ist mit „*Sonstige Pflichten des Arbeitgebers; Rechte der schwerbehinderten Menschen*“ überschrieben und steht im unmittelbaren Zusammenhang mit § 81 SGB IX, der ebenfalls nur Schutzpflichten des Arbeitgebers zugunsten der schwerbehinderten Arbeitnehmer, nicht aber Pflichten gegenüber dem Betriebsrat begründet.

Im Ergebnis kann die Präventionsverpflichtung damit nicht als betriebsverfassungsrechtliche Pflicht im Sinne des § 23 Abs. 3 BetrVG angesehen werden. Damit hat der Betriebsrat auf Grundlage des § 23 Abs. 3 BetrVG auch bei groben Verstößen des Arbeitgebers gegen § 84 Abs. 1 SGB IX keinen Anspruch auf Durchführung eines Präventionsverfahrens.

b. Anwendbarkeit des § 23 Abs. 3 BetrVG in Bezug auf das BEM

Abweichend von dem für § 84 Abs. 1 SGB IX festgestellten Ergebnis, kann die Pflicht des Arbeitgebers zur Durchführung eines BEM unter Beteiligung von Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung als betriebsverfassungsrechtliche Pflicht im Sinne des § 23 Abs. 3 BetrVG eingestuft wer-

⁴⁰⁸ MüKo/Kramer, Band 2 a, Einleitung, Rn. 15; Staudinger/Olzen, BGB, § 241, Rn. 293 ff.

den. Über die Regelung des § 23 Abs. 3 BetrVG wird damit eine zusätzliche Durchsetzungsmöglichkeit des Betriebsrates im Hinblick auf das BEM begründet, wenn der Arbeitgeber seine Interventionspflicht in grobem Maße missachtet hat.

Wie bereits erörtert, gelten als betriebsverfassungsrechtlich die Pflichten des Arbeitgebers, die das besondere Rechtsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat konkretisieren. Hierzu gehören die Pflichten des Arbeitgebers zur Beteiligung des Betriebsrates nach § 87 ff. BetrVG, aber auch die sich aus dem Gebot zur vertrauensvollen Zusammenarbeit nach § 2 BetrVG ergebenden Treuepflichten.⁴⁰⁹

Die das betriebsverfassungsrechtliche Rechtsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat konkretisierenden Treuepflichten aus § 2 BetrVG bestehen auch im Rahmen des SGB IX. Dies ergibt sich aus § 99 SGB IX, der das Gebot zur vertrauensvollen Zusammenarbeit aus § 2 BetrVG inhaltlich auf die sich aus dem SGB IX ergebenden Pflichten und gegenständlich auf die Schwerbehindertenvertretung und sonstige Personalvertretungsorgane ausdehnt.⁴¹⁰ Diese Ausdehnung des Gebots zur vertrauensvollen Zusammenarbeit auf das SGB IX macht nur Sinn, wenn auch im SGB IX *betriebsverfassungsrechtliche* Pflichten enthalten sind, die das Rechtsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat bzw. Arbeitgeber und Schwerbehindertenvertretung konkretisieren und durch das Gebot zur vertrauensvollen Zusammenarbeit flankiert werden. Entsprechend müssen die Pflichten des Arbeitgebers aus dem SGB IX, denen eine Berechtigung von Betriebsrat oder Schwerbehindertenvertretung gegenübersteht, als betriebsverfassungsrechtliche Pflichten im Sinne des § 23 Abs. 3 BetrVG zu verstehen sein.

Damit erweist sich die Pflicht des Arbeitgebers zur Durchführung eines BEM aus § 84 Abs. 2 SGB IX als betriebsverfassungsrechtliche Pflicht im Sinne des § 23 Abs. 3 BetrVG, da der Betriebsrat und die Schwerbehindertenvertretung einen entsprechenden Anspruch auf Einleitung und Durchführung des Verfahrens haben.

Somit kann der Betriebsrat gemäß § 23 Abs. 3 BetrVG beim Arbeitsgericht beantragen, dass der Arbeitgeber für die Zukunft verpflichtet wird, bei länger als sechs Wochen dauernder Arbeitsunfähigkeit eines schwerbehin-

⁴⁰⁹ Richardi/*Thüsing*, BetrVG, § 23 BetrVG, Rn. 88 ff.

⁴¹⁰ Vgl. GK-SGB IX/*Schimanski*, Band 3, § 99, Rn. 8 ff.; *Müller-Wenner/Schorn*, SGB IX, Teil 2, § 99, Rn. 1.

derten Arbeitnehmers ein BEM durchzuführen. Für den Fall der Zuwiderhandlung kann der Betriebsrat zudem die Festsetzung eines Zwangsgeldes in Höhe von maximal 10.000 EUR beantragen.

c. Durchführungsanspruch nach § 23 Abs. 3 BetrVG nur bei groben Verstößen

Die dargestellte Durchsetzungsmöglichkeit des Betriebsrates nach § 23 Abs. 3 BetrVG im Hinblick auf das BEM besteht gemäß § 23 Abs. 3 BetrVG jedoch nur, wenn ein grober Verstoß des Arbeitgebers gegen seine Interventionspflicht vorliegt. Hiervon ist nach allgemeiner Ansicht auszugehen, wenn die Pflichtverletzung des Arbeitgebers als objektiv erheblich und offensichtlich schwerwiegend angesehen werden kann.⁴¹¹

Bei § 84 Abs. 2 SGB IX kann ein grober Verstoß im Sinne des § 23 Abs. 3 BetrVG angenommen werden, wenn der Arbeitgeber sich generell weigert, in seinem Betrieb das Verfahren nach § 84 Abs. 2 SGB IX einzuführen und entsprechend bereits mehrfach kein BEM durchgeführt hat, obwohl Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung auf die Notwendigkeit eines solchen Verfahrens hingewiesen haben. Handelt der Arbeitgeber dagegen in der Überzeugung, dass im konkreten Fall § 84 Abs. 2 SGB IX nicht zur Anwendung gelangt, und liegt dieser Überzeugung eine vertretbare Rechtsansicht zugrunde, die durch höchstrichterliche Rechtsprechung noch nicht geklärt ist, kann von einem groben Pflichtenverstoß nicht die Rede sein.⁴¹²

Auch die mehrfach fehlerhafte Durchführung des BEM, beispielsweise ohne Beteiligung des Betriebsrates oder der Schwerbehindertenvertretung, kann einen groben Pflichtenverstoß im Sinne des § 23 Abs. 3 BetrVG begründen, wenn der Arbeitgeber die Einschaltung der betrieblichen Interessenvertretungen in Kenntnis der gesetzlichen Vorgaben aus

⁴¹¹ BAG, Beschluss vom 29. 2. 2000, NZA 2000, S. 1066, (1068); *Fitting*, BetrVG, § 23, Rn. 62; *Konzen*, Leistungspflichten, S. 72 ff.; *Richardi/Thüsing*, BetrVG, § 23, Rn. 93 ff.

⁴¹² Vgl. BAG, Urteil vom 27. 11. 1973, BAGE 25, S. 415, (415, 418, 419); BAG, Beschluss vom 14. 11. 1989, NZA 1990, S. 357, (358, 359); *Fitting*, BetrVG, § 23, Rn. 63; *Richardi/Thüsing*, BetrVG, § 23, Rn. 93; als Beispiel sei hier der Fall genannt, dass der Arbeitgeber meint, vor Ausspruch einer Änderungskündigung sei ein BEM nicht durchzuführen; hierbei handelt es sich um eine ungeklärte Rechtsfrage, weil die Frage der Anwendbarkeit des § 84 SGB IX bei Änderungskündigungen in der Rechtsprechung des BAG, soweit ersichtlich, noch nicht problematisiert worden ist.

§ 84 Abs. 2 SGB IX bewusst unterlässt. Auch hier gilt allerdings, dass eine unverschuldet begründete, irrige Rechtsauffassung des Arbeitgebers dem Vorwurf eines groben Pflichtenverstößes entgegenstehen kann. Das kann etwa der Fall sein, wenn der Arbeitgeber irrtümlich davon ausgeht, mit der Durchführung einfacher Krankengespräche ohne Beteiligung des Betriebsrates seiner Interventionspflicht im Sinne des § 84 Abs. 2 SGB IX zu genügen. Hatte der Arbeitgeber dagegen aufgrund eines entsprechenden Hinweises der betrieblichen Interessenvertreter die Möglichkeit, sich Rechtsrat einzuholen, kann der Einwand eines Rechtsirrtumes nicht durchgreifen und dem Anspruch des Betriebsrates aus § 23 Abs. 3 BetrVG nicht mit Erfolg entgegengehalten werden.

d. Zwischenergebnis

Mit der zusätzlichen, zugunsten des Betriebsrates bestehenden Möglichkeit der Rechtsdurchsetzung nach § 23 Abs. 3 BetrVG kann bei § 84 Abs. 2 SGB IX die Effektivität der von der Norm angestrebten Kündigungsprävention erhöht werden. Denn es ist davon auszugehen, dass sich der Arbeitgeber eher bereit zeigen wird, ein BEM durchzuführen, wenn er sich infolge einer groben Missachtung seiner Interventionspflicht einer Zwangsgeldforderung von Seiten des Betriebsrates ausgesetzt sehen kann, als wenn sein Verhalten folgenlos bliebe.

IV. Ergebnis zu den Durchsetzungsmöglichkeiten der Pflichten aus § 81 Abs. 4 , Abs. 5 SGB IX und aus § 84 SGB IX

Die Untersuchung der individual- und kollektivrechtlichen Durchsetzungsmöglichkeiten hat gezeigt, dass die betriebliche Umsetzung der Vorgaben aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 und § 84 SGB IX nicht umfassend gewährleistet werden kann, wenn der Arbeitgeber sich nicht bereit zeigt, seinen Pflichten freiwillig nachzukommen.

Zwar stehen dem betroffenen Arbeitnehmer korrespondierend zu den Pflichten des Arbeitgebers individualrechtliche, gerichtlich durchsetzbare Ansprüche zur Seite. Auch kann der Arbeitnehmer bei Verletzung der Pflichten aus §§ 81 Abs. 4, Abs. 5, 84 SGB IX unter bestimmten Voraussetzungen die Erbringung der Arbeitsleistung verweigern und Schadensersatzansprüche geltend machen. In der betrieblichen Praxis sind diese individualrechtlichen Durchsetzungsinstrumentarien aber als *wenig effektive Steuerungsmittel* zur Beeinflussung eines rechtmäßigen Arbeitgeberverhal-

tens zu bewerten, führen sie doch regelmäßig zu einer Störung des Vertrauensverhältnisses zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer.

Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung haben zudem nur eingeschränkte Durchsetzungsmöglichkeiten im Hinblick auf die betriebliche Umsetzung der Vorgaben aus §§ 81, 84 SGB IX. Lediglich in Bezug auf das BEM besteht ein kollektivrechtlicher Erörterungsanspruch der betrieblichen Interessenvertreter, auf dessen Grundlage die Einleitung und Durchführung eines BEM erzwungen werden kann. Die Intervention im Rahmen eines Präventionsverfahrens kann dagegen ebenso wenig gegen den Willen des Arbeitgebers durchgesetzt werden wie bestimmte Maßnahmen zugunsten einer fähigkeits- und behindertengerechten Beschäftigung eines einzelnen Schwerbehinderten. Hier fehlt ein entsprechender Anspruch der betrieblichen Interessenvertreter, auf dessen Grundlage die Durchsetzung der Pflichten aus § 81 SGB IX bzw. § 84 SGB IX erwirkt werden könnte.

Im Hinblick auf die Pflichten aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX kann der Abschluss einer Betriebs- bzw. Integrationsvereinbarung als effektives Steuerungsmittel zur Umsetzung der Norm auf der betrieblichen Ebene angesehen werden. Über die in diesem Bereich teilweise bestehenden Mitbestimmungsrechte ist der Betriebsrat in der Lage, betriebseinheitliche Regelungen über die fähigkeits- und behindertengerechte Beschäftigung Schwerbehinderter auch ohne Mitwirkung des Arbeitgebers im Betrieb zu etablieren. Auf Grundlage dessen können zwar nicht individuelle Maßnahmen zugunsten einzelner Schwerbehinderter eingefordert werden. Der Betriebsrat kann aber durchsetzen, dass die organisatorischen Rahmenbedingungen für eine den Anforderungen des § 81 SGB IX genügende Beschäftigung geschaffen werden.

Betriebseinheitliche Regelungen über das Präventionsverfahren bzw. das BEM können von Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung dagegen nur im Einvernehmen mit dem Arbeitgeber, nicht aber einseitig ohne dessen Mitwirkung herbeigeführt werden. In Bezug auf § 84 SGB IX besteht kein Recht des Betriebsrates zur zwingenden Mitbestimmung nach § 87 BetrVG, auf dessen Grundlage auch ohne Mitwirkung des Arbeitgebers eine Betriebsvereinbarung über § 84 SGB IX im Betrieb etabliert werden könnte. Die Integrationsvereinbarung gleicht dieses Defizit nicht aus. Vielmehr kann nach der Konzeption des § 83 SGB IX auch deren Abschluss nur im Einvernehmen mit dem Arbeitgeber erreicht werden.

Bei groben Verstößen des Arbeitgebers gegen § 84 SGB IX besteht ein kollektivrechtlicher Anspruch des Betriebsrates nach § 23 Abs. 3 BetrVG auf Beachtung der Vorschrift nur im Hinblick auf die Durchführung eines BEM. Die Präventionsverpflichtung nach § 84 Abs. 1 SGB IX ist keine betriebsverfassungsrechtliche Pflicht im Sinne des § 23 Abs. 3 BetrVG. Deren Beachtung kann damit allein der einzelne Arbeitnehmer durchsetzen, nicht aber der Betriebsrat oder die Schwerbehindertenvertretung.

Insbesondere im Bereich des Präventionsverfahrens besteht danach ein erhebliches Durchsetzungsdefizit auf der betrieblichen Ebene, das die Durchführung des Verfahrens weitestgehend in das Belieben des Arbeitgebers stellt und die Gefahr begründet, dass die von § 84 Abs. 1 SGB IX gerade angestrebte frühzeitige Intervention zur Vermeidung kündigungsrelevanter Schwierigkeiten unterbleibt.

C. Auswirkungen auf das Kündigungsrecht des Arbeitgebers bei Nichtbeachtung der Pflichten aus §§ 81 Abs. 4, Abs. 5, 84 SGB IX

I. Einleitung

Nachdem im vorhergehenden Abschnitt die Durchsetzungsmöglichkeiten im Hinblick auf die betriebliche Umsetzung der Vorgaben aus §§ 81 Abs. 4, Abs. 5, 84 SGB IX untersucht wurden und insbesondere im Bereich des Präventionsverfahrens ein erhebliches Durchsetzungsdefizit festgestellt werden konnte, sollen nunmehr die Folgen herausgearbeitet werden, welche die Nichtbeachtung der Vorschriften auf das Kündigungsrecht des Arbeitgebers haben kann.

Ziel dieser Rechtsfolgenbetrachtung ist, wie bei der Untersuchung der bestehenden Durchsetzungsmöglichkeiten, zu bemessen, wie effektiv die Regelungen der §§ 81, 84 SGB IX entsprechend ihrer gesetzlichen Zwecksetzung zur Prävention arbeitgeberseitiger Kündigungen beitragen können.

Die Rechtsfolgenbetrachtung erweist sich hier als tauglicher Bewertungsmaßstab für die Effektivität der Vorschriften. Denn wie bereits erwähnt ist davon auszugehen, dass die Einhaltung der Pflichten aus § 81 und § 84 SGB IX umso eher gewährleistet ist, je empfindlicher die Folgen ihrer Nichtbeachtung für das Kündigungsrecht des Arbeitgebers sind. Lässt sich nachfolgend etwa feststellen, dass die Nichtbeachtung des § 84 SGB IX stets zum Ausschluss des Kündigungsrechts führt oder den Arbeitgeber

zumindest erheblich in der Umsetzung seiner Kündigungsentscheidung beeinträchtigt, wird dies auch eine verhaltenssteuernde Wirkung auf den Arbeitgeber haben.

Der Arbeitgeber wird sich eher an die Vorgaben aus § 81 und 84 SGB IX halten, als wenn die Nichtbeachtung der Vorschriften für die Umsetzung seiner Kündigungsentscheidung folgenlos bliebe. Die Folgen der Nichtbeachtung der §§ 81, 84 SGB IX auf das Kündigungsrecht des Arbeitgebers haben damit zugleich auch Einfluss auf die Wahrscheinlichkeit, dass durch die besonderen Pflichten aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX bzw. durch das Präventionsverfahren und das BEM Kündigungen tatsächlich vermieden und Arbeitsverhältnisse erhalten werden können.

Ausgehend von dieser Grundüberlegung soll im Rahmen der nachfolgenden Rechtsfolgenbetrachtung zunächst die Frage erörtert werden, ob es sich bei Präventionsverfahren und BEM um eine formelle Wirksamkeitsvoraussetzung für die Kündigung eines schwerbehinderten Arbeitnehmers handelt. Ferner ist zu prüfen, ob Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung bei Missachtung der Vorgaben aus § 81 und § 84 SGB IX in der Lage sind, zu verhindern, dass der Arbeitgeber eine beabsichtigte Kündigung ausspricht. In diesem Zusammenhang erfolgt zum einen eine Auseinandersetzung mit den Einflussnahmemöglichkeiten von Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung im Rahmen der dem Kündigungsausspruch vorgelagerten Anhörungsverfahren nach § 102 BetrVG bzw. § 95 Abs. 2 SGB IX. Zum anderen geht es um die Prüfung möglicher Unterlassungs- bzw. Aussetzungsansprüche der betrieblichen Interessenvertreter in Bezug auf den Ausspruch der Kündigung.

Nach der Auseinandersetzung mit den Einflussmöglichkeiten von Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung soll abschließend erörtert werden, welche Folgen die Nichtbeachtung der §§ 81, 84 SGB IX im Zustimmungsverfahren vor dem Integrationsamt und im Kündigungsschutzverfahren haben kann. Hier ist zu prüfen, ob die Nichtbeachtung der §§ 81, 84 SGB IX Auswirkungen einerseits auf die materiellrechtliche Wirksamkeit der arbeitgeberseitigen Kündigung, andererseits auf die Darlegungs- und Beweislast der Parteien im Kündigungsschutzverfahren haben kann.

II. Präventionsverfahren und BEM als formelle Wirksamkeitsvoraussetzung für die arbeitgeberseitige Kündigung

Das Recht des Arbeitgebers, das Arbeitsverhältnis eines schwerbehinderten Arbeitnehmers zu kündigen, wäre erheblich eingeschränkt, wenn die formelle Wirksamkeit der Kündigung von der vorhergehenden (erfolglosen) Durchführung eines Präventionsverfahrens bzw. BEM abhängig wäre.

Dies setzt voraus, dass § 84 SGB IX als formelle Wirksamkeitsvoraussetzung für eine Kündigung gegenüber schwerbehinderten Arbeitnehmern angesehen werden kann.

Wie bereits in der Einleitung erwähnt, enthält weder § 84 Abs. 1 SGB IX noch § 84 Abs. 2 SGB IX nach dem Wortlaut einen Hinweis darauf, welche Rechtsfolgen der Verstoß des Arbeitgebers gegen die in § 84 SGB IX normierten Verpflichtungen haben soll. § 84 SGB IX ist nach seinem Wortlaut sanktionslos ausgestaltet und nicht als formelle Wirksamkeitsvoraussetzung für eine arbeitgeberseitige Kündigung konzipiert.

Auch die Entstehungsgeschichte der Norm begründet keinen Hinweis darauf, dass die Nichtbeachtung der Pflichten aus § 84 SGB IX zur formellen Unwirksamkeit einer arbeitgeberseitigen Kündigung führt. Die einschlägigen Gesetzesbegründungen schweigen sich zu den Rechtsfolgen einer Verletzung der genannten Normen aus.⁴¹³

Die Einordnung des § 84 SGB IX als formelle Wirksamkeitsvoraussetzung für eine arbeitgeberseitige Kündigung ließe sich damit nur über die Annahme einer Regelungslücke rechtfertigen, die im Wege einer gesetzesimmanenten Rechtsfortbildung unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck

⁴¹³ In der Gesetzesbegründung zu § 14c SchwbG ist nur davon die Rede, dass das Integrationsamt (damals noch Hauptfürsorgestelle) bei ordnungsgemäß durchgeführtem, aber erfolglosen Präventionsverfahren in der Regel der Kündigung zustimmen wird; der Fall der Nichtbeachtung des Verfahrens wird nicht angesprochen, vgl. die Begründung zum Entwurf des Gesetzes zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit Schwerbehinderter (SchwbAG) vom 16. 5. 2000, BT-DS 14/3372, S. 19; keine Angaben über mögliche Rechtsfolgen einer Nichtbeachtung des § 84 Abs. 1 SGB IX enthält auch die Begründung des Gesetzentwurfs eines Sozialgesetzbuchs – Neuntes Buch – (SGB IX) Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen vom 16. 1. 2001, BT-DS 14/5074, S. 113; auch zu § 84 Abs. 2 SGB IX enthält die Begründung des Gesetzesentwurfs keine Angaben zu den Rechtsfolgen einer Nichtbeachtung, vgl. die Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Ausbildung und Beschäftigung schwerbehinderter Menschen vom 21. 10. 2003, BT-DS 15/1783, S. 11 und S. 15 ff.

des § 84 Abs. 1 bzw. Abs. 2 SGB IX zu schließen wäre.⁴¹⁴ Allerdings muss berücksichtigt werden, dass ein *Schweigen* des Gesetzes nicht zwingend bedeutet, dass das Gesetz planwidrig lückenhaft ist. Ein *Schweigen* des Gesetzes kann auch *beredt* sein, das heißt, der Gesetzgeber kann eine bestimmte Regelung auch bewusst nicht getroffen haben.⁴¹⁵

Ob § 84 Abs. 1 bzw. Abs. 2 SGB IX in Ermangelung einer Rechtsfolgenanordnung eine planwidrige Regelungslücke enthält oder der Gesetzgeber bewusst eine Regelung der Rechtsfolgen unterlassen hat, hängt davon ab, ob der Sinn und Zweck der Norm eine Rechtsfolgenanordnung in Zusammenhang mit dem Recht des Arbeitgebers zur Kündigung an sich erfordert. Nur dann kann die fehlende Rechtsfolgenanordnung als planwidrig lückenhaft angesehen werden.⁴¹⁶

Das in § 84 Abs. 1 SGB IX geregelte Präventionsverfahren hat eine Schutzfunktion zugunsten schwerbehinderter Arbeitnehmer.⁴¹⁷ Gleiches gilt für das BEM. In beiden Fällen soll durch frühzeitige Einschaltung der betrieblichen Interessenvertretungen sowie des Integrationsamtes verhindert werden, dass der schwerbehinderte Arbeitnehmer infolge von personen-, verhaltens- oder betriebsbedingten Schwierigkeiten bzw. infolge von Arbeitsunfähigkeit seinen Arbeitsplatz verliert und aus dem Arbeitsleben ausscheidet.⁴¹⁸ Dieser Schutzzweck verlangt indes nicht, Präventionsverfahren und BEM zwingend als formelle Wirksamkeitsvoraussetzung für eine gegenüber einem schwerbehinderten Arbeitnehmer auszusprechende Kündigung zu qualifizieren. Denn selbst wenn die Nichtbeachtung des § 84 SGB IX nicht zwingend zur formellen Unwirksamkeit einer arbeitgeberseitigen Kündigung führt, bleibt der Rechtsverstoß gleichwohl für das Kündigungsrecht des Arbeitgeber nicht ohne Folgen, was im weiteren Verlauf der Arbeit noch näher darzulegen sein wird.

Der von § 84 SGB IX beabsichtigte Schutz schwerbehinderter Arbeitnehmer vor dem Verlust des Arbeitsplatzes kann also auch erreicht werden,

⁴¹⁴ Fehlt es im Rahmen einer Norm an einer gesetzlichen Regelung, die der Normzweck als solcher an sich gebietet, kann eine derartige Regelungslücke nur noch im Wege der sogenannten gesetzesimmanenten Rechtsfortbildung geschlossen werden, vgl. hierzu die Ausführungen bei *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 370 ff.

⁴¹⁵ *Larenz/Canaris*, a.a.O. (Fn. 414), S. 372.

⁴¹⁶ Vgl. *Larenz/Canaris*, a.a.O. (Fn. 414), S. 373.

⁴¹⁷ OVG für das Land Mecklenburg-Vorpommern, Urteil vom 9. 10. 2003, br 2005, S. 143, (146).

⁴¹⁸ Zum Schutzzweck des § 84 Abs. 1 und Abs. 2 SGB IX vgl. die Ausführungen unter: Zweiter Teil, C., IV., 1.

ohne dass man die Durchführung eines Präventionsverfahrens bzw. BEM als formelle Wirksamkeitsvoraussetzung für die arbeitgeberseitige Kündigung einstuft.

Zudem ließe eine Einstufung des § 84 SGB IX als formelle Wirksamkeitsvoraussetzung für die arbeitgeberseitige Kündigung unberücksichtigt, dass es den Vorschriften des SGB IX nicht nur um den besonderen Schutz schwerbehinderter Menschen geht, die bereits einen Arbeitsplatz haben, sondern auch darum, arbeitslose Schwerbehinderte in den Arbeitsmarkt zu vermitteln.⁴¹⁹ Zu diesem Zweck bemühen sich die Vorschriften des SGB IX insgesamt immer auch um den *guten Willen* des Arbeitgebers, da der Arbeitgeber letztlich der Einzige ist, der den schwerbehinderten Menschen einen Arbeitsplatz zur Verfügung stellen kann. Die Gestaltungsfreiheit des Arbeitgebers soll u. a. durch die bestandsschützenden Regelungen, zu denen auch § 84 SGB IX gehört, nicht übermäßig beeinträchtigt werden.⁴²⁰ Diese umfassende Zielsetzung des SGB IX spricht dafür, dass der Gesetzgeber im Rahmen des § 84 SGB IX bewusst keine Rechtsfolgenanordnung getroffen hat und gerade nicht festlegen wollte, dass eine Nichtbeachtung der Präventionspflichten unmittelbare Auswirkungen auf die Wirksamkeit der arbeitgeberseitigen Kündigung hat.

Dieses Ergebnis steht schließlich auch im Einklang mit dem Gebot der Rechtssicherheit, das aus dem verfassungsrechtlichen Rechtsstaatsprinzip abgeleitet wird.⁴²¹ Hiernach müssen gesetzliche Normen so klar und bestimmt formuliert sein, dass die Folgen der Regelung für den Normadressaten so vorhersehbar und berechenbar sind, dass er sein Verhalten danach ausrichten kann.⁴²² Dies gilt umso mehr, je intensiver die jeweilige Norm in die Freiheiten des Normadressaten eingreift.⁴²³

⁴¹⁹ Zu diesem übergreifenden arbeitsmarktpolitischen Ziel vgl. schon die Ausführungen unter: Zweiter Teil, C., II.

⁴²⁰ Vgl. hierzu auch *Ritz*, der betont, dass es der Überzeugung des Gesetzgebers entspreche, dass das sozialpolitische Ziel der beruflichen Eingliederung Schwerbehinderter besser mit Apellen an den guten Willen und die Einsicht als mit bloßem Druck zu erreichen sei, vgl. *Bihl/Fuchs/Krauskopf/Lewering/Ritz*, SGB IX, § 101, Rn. 4.

⁴²¹ So argumentiert auch *Schlewing* in Bezug auf die Frage, ob das Verfahren nach § 84 Abs. 2 SGB IX Auswirkungen auf die Wirksamkeit einer Kündigung hat, vgl. *Schlewing*, *ZfA* 2005, S. 485, (501, 502).

⁴²² *BVerfG*, Urteil vom 7. 7. 1971, *BVerfGE* 31, S. 255, (264 ff.); *Maunz/Dürig/Grzeszick*, GG, Band III, VII, Art. 20 GG, Rn. 58 ff.; *Sachs/Sachs*, GG, Art. 20 GG, Rn. 126 ff.

⁴²³ *Maunz/Dürig/Grzeszick*, a.a.O. (Fn. 422).

Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber zur Wahrung des Gebotes der Rechtssicherheit in § 84 SGB IX eine ausdrückliche Regelung aufgenommen hätte, wenn er dem Präventionsverfahren bzw. dem BEM eine unmittelbare Wirksamkeitsfolge in Bezug auf das arbeitgeberseitige Kündigungsrecht hätte zuschreiben wollen. Denn auch in Bezug auf sonstige Verfahrensregelungen, die wie das Präventionsverfahren und BEM dem Ausspruch einer Kündigung vorgeschaltet sind und damit die Gestaltungsfreiheit des Arbeitgebers bei der Beendigung von Arbeitsverhältnissen einschränken, hat der Gesetzgeber dem Gebot der Rechtssicherheit Rechnung getragen und die Rechtsfolgen einer Nichtbeachtung der Verfahren ausdrücklich festgelegt. Als Beispiel seien hier nur das Anhörungsverfahren nach § 102 BetrVG sowie das Zustimmungsverfahren nach § 85 SGB IX genannt, bei denen sich dem Normadressaten die Rechtsfolgen einer Nichtbeachtung unmittelbar aus dem Wortlaut der genannten Vorschriften erschließen.⁴²⁴

Im Ergebnis kann danach die Durchführung eines Präventionsverfahrens bzw. BEM nicht als formelle Wirksamkeitsvoraussetzung für die Kündigung gegenüber einem schwerbehinderten Arbeitnehmer angesehen werden. Die Nichtbeachtung der genannten Verfahren führt damit nicht unmittelbar zur formellen Unwirksamkeit einer arbeitgeberseitigen Kündigung.⁴²⁵ Der Arbeitgeber ist danach trotz einer Nichtbeachtung des § 84 SGB IX zunächst nicht gehindert, seine Kündigungsentscheidung umzusetzen.

III. Einschränkungen des Kündigungsrechts im Rahmen der Anhörungsverfahren nach § 102 BetrVG und § 95 Abs. 2 SGB IX

Wie die Ausführungen im Zusammenhang mit dem Gegenstand der in § 84 SGB IX normierten Verfahren gezeigt haben, ist der Arbeitgeber im Rahmen des Präventionsverfahrens und des BEM verpflichtet, gemeinsam mit dem Betriebsrat und der Schwerbehindertenvertretung nach Lösungen zu suchen, wie das kündigungsbedrohte Arbeitsverhältnis eines schwerbehinderten Arbeitnehmers möglichst dauerhaft fortgesetzt werden kann. Unterlässt es der Arbeitgeber trotz dieser Verpflichtung, das Erörterungsverfahren unter Beteiligung der betrieblichen Interessenvertreter einzulei-

⁴²⁴ Vgl. § 85 SGB IX und § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG.

⁴²⁵ Im Ergebnis so auch BAG, Urteil vom 10. 12. 2009, 2 AZR 198/09, veröffentlicht bei Juris.

ten, stellt sich die Frage, inwieweit sich dies im Rahmen der dem Ausspruch der Kündigung vorzuschaltenden Anhörungsverfahren nach § 102 BetrVG und § 95 Abs. 2 Satz 1 SGB IX zum Nachteil des Arbeitgebers auswirken kann. Hier sind unterschiedliche Reaktionen des Betriebsrates und der Schwerbehindertenvertretung denkbar, die nachfolgend auf ihre einschränkende Wirkung im Hinblick auf das Kündigungsrecht des Arbeitgebers untersucht werden sollen.

1. Bedeutung der Verfahren nach § 102 BetrVG und § 95 Abs. 2 Satz 1 SGB IX

Nach § 102 BetrVG und § 95 Abs. 2 Satz 1 SGB IX ist der Arbeitgeber vor Ausspruch einer Kündigung gegenüber einem schwerbehinderten Arbeitnehmer verpflichtet, den Betriebsrat und die Schwerbehindertenvertretung über die beabsichtigte Kündigung zu unterrichten und anzuhören. Die Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung hat dabei unabhängig von der Anhörung des Betriebsrates zu erfolgen. Der Arbeitgeber kann sich nicht darauf berufen, dass er den Betriebsrat bereits informiert hat und die Schwerbehindertenvertretung an das zuständige Personalvertretungsorgan verweisen.⁴²⁶

Die Unterrichtung und Anhörung der betrieblichen Interessenvertretungen der Arbeitnehmer ist dem Ausspruch der Kündigung zwingend vorzuschalten, sofern der Arbeitgeber beabsichtigt, seinen Kündigungsentschluss wirksam umzusetzen.

Für die Anhörung des Betriebsrates ergibt sich dies aus § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG, der die Beteiligung des Betriebsrates vor Ausspruch der Kündigung als formelle Wirksamkeitsvoraussetzung für die beabsichtigte Kündigung qualifiziert. Eine ohne die vorhergehende Beteiligung des Betriebsrates ausgesprochene Kündigung ist unwirksam.

Die Missachtung der Unterrichtungs- und Anhörungspflicht gegenüber der Schwerbehindertenvertretung führt zwar nicht unmittelbar zur Unwirksam-

⁴²⁶ ArbG München, Urteil vom 5. 6. 1989, br 1990, S. 43, (43 ff.); GK-SGB IX/*Christians*, Band 3, § 95 SGB IX, Rn. 70; jedoch muss sich die Schwerbehindertenvertretung, wenn sie zugleich Mitglied des Betriebsrates ist, die in der Betriebsratsfunktion gewonnenen Erkenntnisse zurechnen lassen, vgl. LAG München, Urteil vom 30. 8. 1989, BB 1989, S. 2111, (2112); zum Teil wird sogar vertreten, dass die Schwerbehindertenvertretung kein eigenes Anhörungsrecht mehr besitzt, wenn sie in ihrer Funktion als Betriebsrat Gelegenheit zur Stellungnahme hatte, vgl. *Zellner*, br 1997, S. 29, (31).

keit der arbeitgeberseitigen Kündigung,⁴²⁷ sondern begründet lediglich eine Ordnungswidrigkeit des Arbeitgebers nach § 156 Abs. 1 Nr. 9 SGB IX. Allerdings ist die Schwerbehindertenvertretung in der Lage, solange es noch nicht zum Ausspruch der Kündigung gekommen ist, ihre bisher unterbliebene Beteiligung nach § 95 Abs. 2 Satz 1 SGB IX zu erzwingen. Insoweit räumt ihr § 95 Abs. 2 Satz 2 SGB IX einen vorbeugenden Anspruch gegenüber dem Arbeitgeber ein, die Umsetzung der Kündigungsentcheidung vorübergehend auszusetzen, solange, bis die Unterrichtung und Anhörung der Schwerbehindertenvertretung ordnungsgemäß nachgeholt wurde. Diesen Anspruch kann die Schwerbehindertenvertretung auch gerichtlich, ggf. im einstweiligen Rechtsschutzverfahren durchsetzen.⁴²⁸ Hat die Schwerbehindertenvertretung den Aussetzungsanspruch geltend gemacht, darf der Arbeitgeber bis zur Nachholung des Anhörungsverfahrens die Kündigung nicht aussprechen.⁴²⁹

Die Anhörung von Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung kann danach vom Arbeitgeber nicht umgangen werden, will er seinen Kündigungsentschluss wirksam umsetzen. Damit können etwaige Reaktionsmöglichkeiten der betrieblichen Interessenvertretungen auf die Nichtbeachtung der Pflichten aus § 81 Abs. 4 und Abs. 5 SGB IX bzw. aus § 84 SGB IX für die Effektivität der von den Vorschriften angestrebten Kündigungsprävention von besonderer Bedeutung sein.

2. Einschränkungen des Kündigungsrechts über eine ablehnende Stellungnahme

Stellen Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung im Rahmen der Anhörungsverfahren nach § 102 BetrVG bzw. § 95 Abs. 2 SGB IX fest, dass der Arbeitgeber kein Präventionsverfahren oder BEM durchgeführt hat bzw. die nach § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX vorgesehenen Möglichkeiten ungenutzt gelassen hat, kann dieser Verstoß durch die betrieblichen Interessenvertretungen nicht über eine ablehnende Stellungnahme wirkungsvoll

⁴²⁷ BAG, Urteil vom 28. 7. 1983, DB 1984, S. 133, (133 ff.); BAG, Urteil vom 28. 6. 2007, NZA 2007, S. 1049, (1054); Kittner/Däubler/Zwanziger/Zwanziger, KSchR, § 95 SGB IX, Rn. 5; Kossens/von der Heide/Maaß/Kossens, SGB IX, § 95, Rn. 19; Neumann/Pahlen/Majerski-Pahlen/Pahlen, SGB IX, § 95, Rn. 9.

⁴²⁸ Dau/Düwell/Haines/Düwell, Sozialgesetzbuch IX, § 95, Rn. 21; Kittner/Däubler/Zwanziger/Zwanziger, KSchR, § 95 SGB IX, Rn. 10; Kossens/von der Heide/Maaß/Kossens, SGB IX, § 95, Rn. 20; Müller-Wenner/Schorn, SGB IX, Teil 2, § 95, Rn. 43; Neumann/Pahlen/Majerski-Pahlen/Pahlen, SGB IX, § 95, Rn. 11 a.

⁴²⁹ Kittner/Däubler/Zwanziger/Zwanziger, KSchR, § 95 SGB IX, Rn. 7.

geahndet werden. Denn der Arbeitgeber kann selbst dann die beabsichtigte Kündigung aussprechen, wenn Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung der Kündigung ausdrücklich widersprechen und in ihrer Stellungnahme auf Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten, u.a. im Zusammenhang mit § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX hinweisen, die ein Präventionsverfahren bzw. BEM ihrer Ansicht nach ergeben hätte.

Die Zustimmung der betrieblichen Interessenvertretungen zu der beabsichtigten Kündigung ist nämlich keine Wirksamkeitsvoraussetzung für die arbeitgeberseitige Kündigung. Solange der Arbeitgeber Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung ordnungsgemäß beteiligt hat, steht eine ablehnende Stellungnahme der betrieblichen Interessenvertretungen dem Ausspruch einer Kündigung nicht unmittelbar entgegen.⁴³⁰ Dies gilt selbst im Fall eines Widerspruchs des Betriebsrates mit Hinweis auf einen der in § 102 Abs. 3 BetrVG genannten Widerspruchsgründe.

Im Ergebnis ist somit festzuhalten, dass weder ein Widerspruch des Betriebsrates noch eine ablehnende Stellungnahme von Betriebsrat oder Schwerbehindertenvertretung wegen der Nichtbeachtung der Vorgaben aus §§ 81, 84 SGB IX in rechtlicher Hinsicht zu Einschränkungen des Kündigungsrechts des Arbeitgebers führen.

IV. Einschränkungen des Kündigungsrechts über einen vorbeugenden Unterlassungsanspruch

Da eine ablehnende Stellungnahme bzw. selbst ein Widerspruch von Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung in rechtlicher Hinsicht nicht zu Einschränkungen des arbeitgeberseitigen Kündigungsrechts führt, bleibt zu prüfen, ob Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung sonstige Hand-

⁴³⁰ Widerspricht der Betriebsrat allerdings der Kündigung mit Hinweis auf einen der in § 102 Abs. 3 BetrVG genannten Widerspruchsgründe und stellt sich im Rahmen des Kündigungsschutzverfahrens heraus, dass einer der Widerspruchsgründe vorliegt, ist die ordentliche Kündigung jedenfalls im Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes nach § 1 Abs. 2 Satz 2 und Satz 3 KschG unwirksam; trotz dieser Wirkung ist die ausdrückliche Zustimmung bzw. ein fehlender Widerspruch des Betriebsrates nicht unmittelbare Wirksamkeitsvoraussetzung für die Kündigung, vgl. *Fitting*, BetrVG, § 102, Rn. 1; *Richardi/Thüsing*, BetrVG, § 102 BetrVG, Rn. 4, 138 ff; ein Widerspruch bzw. die fehlende Zustimmung der Schwerbehindertenvertretung zu der beabsichtigten Kündigung hat dagegen keinerlei Auswirkung auf die Wirksamkeit der Kündigung, vgl. *Kossens/von der Heide/Maäß/Kossens*, SGB IX, § 95 SGB IX, Rn. 18; *Neumann/Pahlen/Majerski-Pahlen/Pahlen*, SGB IX, § 95, Rn. 11 ff.

lungsmöglichkeiten haben, um den Arbeitgeber zur Beachtung seiner Pflichten aus § 81 und § 84 SGB IX anzuhalten.

Als solches kämen kollektivrechtliche Ansprüche von Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung auf Nachholung des Präventionsverfahrens bzw. BEM i.V.m. der vorübergehenden Aussetzung des Kündigungsent-schlusses in Betracht. Würden derartige kollektivrechtliche Ansprüche des Betriebsrates und der Schwerbehindertenvertretung bestehen, wäre es umso wahrscheinlicher, dass der Arbeitgeber seine Pflicht zur Durchführung eines Präventionsverfahrens bzw. BEM beachtet. Könnten Betriebsrat bzw. Schwerbehindertenvertretung auf Grundlage eines vorbeugenden Unterlassungsanspruchs bei Missachtung des § 84 SGB IX den Ausspruch einer vom Arbeitgeber beabsichtigten Kündigung nämlich vorübergehend bis zur Nachholung des erforderlichen Präventionsverfahrens bzw. BEM verhindern, ist davon auszugehen, dass der Arbeitgeber die Verfahren von vornherein freiwillig durchführt. Ein vorbeugender Unterlassungsanspruch von Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung würde dadurch die Effektivität der von § 84 SGB IX angestrebten Kündigungsprävention stärken.

1. Vorbeugender Unterlassungsanspruch bei § 84 Abs. 1 SGB IX

Im Betriebsverfassungsrecht ist nach überwiegender Ansicht in Rechtsprechung und Literatur anerkannt, dass der Betriebsrat zur Sicherung seiner Mitbestimmungsrechte nach § 87 BetrVG einen vorbeugenden Unterlassungsanspruch gegenüber dem Arbeitgeber haben kann. Dieser vorbeugende Unterlassungsanspruch ist darauf ausgerichtet, die Vornahme von Maßnahmen zu unterbinden, bei denen der Arbeitgeber die bestehenden Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates nicht beachtet hat.⁴³¹ Unabhängig von der Frage, unter welchen Voraussetzungen dogmatisch von dem Bestehen eines solchen Unterlassungsanspruchs ausgegangen werden kann und ob er auch zur Sicherung anderer, außerhalb des Betriebsverfassungs-

⁴³¹ Vgl. BAG, Beschluss vom 3. 5. 1994, BAGE 76, S. 364, (364, 369 ff.); BAG, Beschluss vom 23. 7. 1996, DB 1997, S. 378, (379 ff.); BAG, Beschluss vom 24. 4. 2007, DB 2007, S. 1475, (S. 1475); im Zusammenhang mit diesem allgemeinen vorbeugenden Unterlassungsanspruch ist vieles umstritten; neben der rechtlichen Grundlage des Anspruchs ist u. a. umstritten, ob ein solcher Unterlassungsanspruch auch in Bezug auf andere Beteiligungsrechte bestehen kann, beispielsweise zur Sicherung der Unterrichts- und Beratungsrechte aus §§ 111, 112 BetrVG, vgl. zum Streitstand *Fausser/Nacken*, NZA 2006, S. 1136, (1136 ff.), m. w. Nw.

gesetzes geregelter Beteiligungsrechte des Betriebsrates bestehen kann, muss ein solcher Anspruch bei § 84 Abs. 1 SGBIX verneint werden.

Würde man Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung bei Nichtbeachtung der Präventionsverpflichtung einen vorbeugenden Unterlassungsanspruch aus § 84 Abs. 1 SGB IX im Hinblick auf den Ausspruch einer beabsichtigten Kündigung zusprechen, hätten die Interessenvertretungen grundsätzlich auch die Möglichkeit, diesen gegenüber dem Arbeitgeber vor dem Arbeitsgericht gerichtlich geltend zu machen.⁴³² Die Interessenvertretungen könnten eine einstweilige Verfügung erwirken, mit der dem Arbeitgeber der Ausspruch der Kündigung bis zur Nachholung des Präventionsverfahrens vorübergehend untersagt werden könnte.⁴³³

Angesichts dieser gerichtlichen Durchsetzungsmöglichkeiten würde die Anerkennung eines vorbeugenden Unterlassungsanspruchs letztlich dazu führen, dass der Arbeitgeber aufgrund der Initiative des Betriebsrates zur Nachholung eines Präventionsverfahrens gezwungen werden kann, wenn er seine Kündigungsentscheidung umsetzen und sich nicht dem Risiko aussetzen will, ein mit der gerichtlichen Unterlassungsverpflichtung möglicherweise verbundenes Ordnungsgeld zahlen zu müssen.

Die Möglichkeit, den Arbeitgeber über einen vorbeugenden Unterlassungsanspruch zur Nachholung des Präventionsverfahrens zu bewegen, würde aber der in § 84 Abs. 1 SGB IX zum Ausdruck kommenden gesetzgeberischen Wertung widersprechen. Danach wollte es der Gesetzgeber allein der Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers überlassen, ob ein Präventionsver-

⁴³² Die Zuständigkeit des Arbeitsgerichts kann sich aus § 2a Abs. 1 Nr. 1 ArbGG ergeben, wonach das Arbeitsgericht zuständig ist für Angelegenheiten aus dem Betriebsverfassungsgesetz; hierzu gehören nicht nur Streitigkeiten aus dem BetrVG selbst, sondern auch sonstige *betriebsverfassungsrechtliche Streitigkeiten*, die auf anderen gesetzlichen Grundlagen beruhen, aber aus dem besonderen durch die gegenseitigen Rechte und Pflichten begründeten Verhältnis zwischen Arbeitgeber und betrieblicher Interessenvertretung folgen, vgl. Bader/Creutzfeldt/Friedrich/Friedrich, ArbGG, § 2a, Rn. 3; Düwll/Lipke/Krasshöfer, ArbGG, § 2a ArbGG, Rn. 8 ff.

⁴³³ Die Möglichkeit, Unterlassungsansprüche im Hinblick auf mitbestimmungs- bzw. mitwirkungswidrige Maßnahmen des Arbeitgebers im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes durchzusetzen, ist in der Literatur überwiegend anerkannt und entspricht der ständigen, insoweit zuständigen instanzgerichtlichen Rechtsprechung, vgl. LAG Bremen, Beschluss vom 15. 6. 1984, DB 1984, S. 1935, (1935 ff.); LAG Köln, Beschluss vom 22. 4. 1985, BB 1985, S. 1332, (1332, 1333); LAG Köln, Beschluss vom 13. 8. 2002, NZA-RR 2003, S. 249, (249, 250); Däubler/Kittner/Klebe/Klebe, BetrVG, § 87, Rn. 316; *Derleder*, AuR 1983, S. 289, (303); *Dütz*, DB 1984, S. 115, (122 ff.); *Fitting*, BetrVG, § 23, Rn. 103; *Raab*, ZfA 1997, S. 183, (206 ff.); *Wenderoth*, Der allgemeine Unterlassungsanspruch, S. 70 ff.

fahren durchgeführt wird oder nicht. Das kommt darin zum Ausdruck, dass den betrieblichen Interessenvertretungen – anders als etwa im Rahmen von § 84 Abs. 2 Satz 6 SGB IX – kein Anspruch auf Einleitung und Durchführung eines Präventionsverfahrens eingeräumt worden ist.

Vor diesem Hintergrund lässt sich aus § 84 Abs. 1 SGB IX bei Missachtung der Präventionsverpflichtung durch den Arbeitgeber kein vorbeugender Unterlassungsanspruch des Betriebsrats und der Schwerbehindertenvertretung im Hinblick auf den Ausspruch der beabsichtigten Kündigung ableiten.

Dieses Auslegungsergebnis wird dadurch bestätigt, dass der Gesetzgeber an anderer Stelle im SGB IX durchaus erkannt hat, dass die Beteiligungsrechte der betrieblichen Interessenvertretungen durch Missachtung des Arbeitgebers faktisch ins Leere gehen und damit ihren Zweck verfehlen können. So hat der Gesetzgeber der Schwerbehindertenvertretung in § 95 Abs. 2 Satz 3 SGB IX zur Sicherung ihres Unterrichts- und Anhörungsrechts ausdrücklich einen gerichtlich durchsetzbaren Anspruch auf Aussetzung einer ohne ihre Beteiligung getroffenen Entscheidung eingeräumt.⁴³⁴ Hiernach kann die Schwerbehindertenvertretung den Arbeitgeber, notfalls im Wege einer einstweiligen Verfügung, verpflichten, den Ausspruch einer Kündigung bis zur Nachholung der nach § 95 Abs. 2 SGB IX vorgeschriebenen Unterrichtung und Anhörung zu unterlassen.⁴³⁵

Hätte der Gesetzgeber die Beteiligung von Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung im Rahmen des Präventionsverfahrens nach § 84 Abs. 1 SGB IX ebenfalls durch einen derartigen Unterlassungs- bzw. Aussetzungsanspruch sichern wollen, ist davon auszugehen, dass er dies spätestens im Rahmen der Novellierung des SGB IX zum 1. Mai 2004 ausdrücklich geregelt oder zumindest die Regelung des § 95 Abs. 2 Satz 3 SGB IX in Bezug genommen hätte.

⁴³⁴ Der Anspruch auf Aussetzung wurde durch Änderungsantrag der Regierungskoalition vom 27. 3. 2001 in das SGB IX eingefügt, vgl. Kossens/von der Heide/Maaß/Kossens, SGB IX, § 95, Rn. 1.

⁴³⁵ BAG, Beschluss vom 10. 11. 1992, NZA 1993, S. 376, (378); ArbG München, Beschluss vom 5. 6. 1989, br 1990, S. 43, (43 ff.); Bihl/Fuchs/Krauskopf/Lewering/Hoff, SGB IX, § 95, Rn. 21; Hauck/Noftz, SGB IX, § 95, Rn. 35; Kossens/von der Heide/Maaß/Kossens, SGB IX, § 95, Rn. 20, 21; Müller-Wenmer/Schorn, SGB IX, Teil 2, § 95, Rn. 43; Neumann/Pahlen/Majerski-Pahlen/Pahlen, SGB IX, § 95, Rn. 11a.

Aus § 84 Abs. 1 SGB IX lässt sich daher kein vorbeugender Unterlassungs- bzw. Aussetzungsanspruch des Betriebsrates und der Schwerbehindertenvertretung ableiten.

Im Ergebnis bleibt den betrieblichen Interessenvertretungen nach der gegenwärtigen Rechtslage somit nur der Versuch, den Arbeitgeber auf gutlichem Wege zur Nachholung des Präventionsverfahrens und zur vorübergehenden Aussetzung seines Kündigungsentschlusses zu bewegen.

2. Vorbeugender Unterlassungsanspruch bei § 84 Abs. 2 SGB IX

Abweichend von § 84 Abs. 1 SGB IX haben die betrieblichen Interessenvertretungen im Rahmen des § 84 Abs. 2 SGB IX einen mit der Interventionspflicht des Arbeitgebers korrespondierenden Anspruch auf Einleitung und Durchführung eines BEM.

Auf Grundlage dieses Anspruches können die betrieblichen Interessenvertretungen den Arbeitgeber auch zur Nachholung des BEM zwingen, notfalls im Wege einer beim Arbeitsgericht zu beantragenden einstweiligen Verfügung,⁴³⁶ sofern der betroffene Arbeitnehmer seine Zustimmung zur Durchführung des BEM erteilt hat.

Im Rahmen des § 84 Abs. 2 SGB IX würde danach die Anerkennung eines vorbeugenden Unterlassungsanspruches⁴³⁷ im Hinblick auf den Ausspruch einer beabsichtigten Kündigung grundsätzlich nicht zu einem Wertungswiderspruch mit dem Grundgedanken der Norm führen.

Für die Anerkennung eines solchen Unterlassungsanspruches würde grundsätzlich sprechen, dass das Erörterungsrecht der Interessenvertretungen und der damit verbundene Anspruch auf Einleitung und Durchführung eines BEM ohne einen entsprechenden Unterlassungsanspruch in Bezug auf die Umsetzung der Kündigungsentscheidung weitestgehend sinnentleert und wenig effektiv wäre.

Denn der Erörterungsanspruch der Interessenvertretungen soll gewährleisten, dass ein BEM durchgeführt wird, bevor sich der Arbeitgeber zum Aus-

⁴³⁶ So auch *Müller-Wenner/Schorn*, SGB IX, Teil 2, § 84, Rn. 18.

⁴³⁷ Die Frage betrifft hier den vorbeugenden Unterlassungsanspruch, der schon bei einer erstmalig bevorstehenden Missachtung der Präventionsverpflichtung eingreift; nicht in Bezug genommen wird hier der Unterlassungsanspruch des Betriebsrates nach § 23 Abs. 3 BetrVG, der erst nach bereits begangener Pflichtverletzung zur Anwendung gelangt, wenn der Arbeitgeber bereits in grober Weise gegen seine *betriebsverfassungsrechtlichen* Verpflichtungen verstoßen hat.

spruch einer Kündigung entschließt, damit gemeinsam nach Wegen gesucht wird, wie die Kündigung vermieden werden kann. Könnten Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung lediglich *positiv* die nachträgliche Durchführung eines BEM gegenüber dem Arbeitgeber durchsetzen, den Arbeitgeber zugleich aber nicht *negativ* verpflichten, die Umsetzung der Kündigungsentscheidung bis zur Nachholung des BEM zu unterlassen, ginge der Erörterungsanspruch ins Leere und würde seinen Zweck verfehlen, wenn der Arbeitgeber vollendete Tatsachen schaffen und sich zwischenzeitlich zum Ausspruch der Kündigung entschließen würde.

Diese Sinnhaftigkeit eines vorbeugenden Unterlassungsanspruchs zur Sicherung der Effektivität des bestehenden Erörterungsanspruchs ersetzt indes nicht die notwendige rechtsdogmatische Begründung für die Herleitung eines solchen Unterlassungsanspruchs aus § 84 Abs. 2 Satz 6 SGB IX. Daher ist im Folgenden der Frage nachzugehen, ob aus § 84 Abs. 2 Satz 6 SGB IX auch rechtsdogmatisch ein den Erörterungsanspruch ergänzender Unterlassungsanspruch hergeleitet werden kann.

a. Dogmatische Herleitung des Unterlassungsanspruchs

Dem Wortlaut des § 84 Abs. 2 SGB IX lässt sich ein vorbeugender Unterlassungsanspruch nicht entnehmen. Auch die Gesetzesbegründung zur Novellierung der Vorschrift spricht nur davon, dass die Interessenvertretungen die Klärung verlangen können, enthält aber keinen Hinweis auf einen damit verbundenen Unterlassungsanspruch in Bezug auf den Ausspruch einer vom Arbeitgeber beabsichtigten Kündigung.⁴³⁸ Dies steht der Annahme eines Unterlassungsanspruchs indes nicht zwingend entgegen. Denn in Zusammenhang mit Verstößen des Arbeitgebers gegen die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates aus § 87 BetrVG bzw. gegen sonstige im Betriebsverfassungsgesetz verankerte Beteiligungsrechte ist in Rechtsprechung und Literatur anerkannt, dass vorbeugende Unterlassungsansprüche zur Sicherung von Beteiligungsrechten des Betriebsrates auch ohne ausdrückliche gesetzliche Normierung bestehen können.⁴³⁹ Auch im allge-

⁴³⁸ Vgl. die Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Ausbildung und Beschäftigung schwerbehinderter Menschen vom 21. 10. 2003, BT-DS 15/1783, S. 15 ff.

⁴³⁹ Vgl. BAG, Beschluss vom 22. 2. 1983, BAGE 42, S. 11, (18 ff.); BAG, Beschluss vom 18. 4. 1985, AP Nr. 5 zu § 23 BetrVG 1972, Bl. 1322, (Bl. 1324); BAG, Beschluss vom 3. 5. 1994, AP Nr. 23 zu § 23 BetrVG 1972, Bl. 738, (Bl. 740, 741); BAG, 13. 3. 2001, NZA 2002, S. 111, (111); BAG, Beschluss vom 28. 5. 2002, BAGE 101, S. 216,

meinen Zivilrecht wird die Existenz ungeschriebener Unterlassungsansprüche trotz einer fehlenden ausdrücklichen Grundlage im Gesetz nicht in Zweifel gezogen. So ist anerkannt, dass nicht nur bei der Beeinträchtigung des Eigentums, sondern auch bei der Verletzung sonstiger Rechte aus § 823 Abs. 1 BGB ein vorbeugender Unterlassungsanspruch bestehen kann, ohne dass ein solcher in § 823 Abs. 1 BGB ausdrücklich festgelegt ist.⁴⁴⁰

Trotz der Anerkennung der Existenz ungeschriebener Unterlassungsansprüche bedarf es allerdings nach überwiegender Auffassung in Rechtsprechung und Literatur für die Herleitung derartiger Ansprüche einer gesetzlichen Grundlage. Die vereinzelt vertretene Ansicht, wonach zur Sicherung von Beteiligungsrechten des Betriebsrates ein rein prozessualer Schutz im Wege der Beantragung einer einstweiligen Unterlassungsverfügung in Betracht komme, ohne dass es eines materiellrechtlich verankerten Unterlassungsanspruchs bedürfe, kann nicht überzeugen.⁴⁴¹ Dem steht schon die Funktion des Prozessrechts im Rahmen der Zivilrechtsordnung entgegen, das in spezifischer Abhängigkeit zum materiellen Recht steht. Das Prozessrecht dient allein der Erkenntnis und Durchsetzung des materi-

(225); LAG Köln, Beschluss vom 22. 4. 1985, BB 1985, S. 1332, (1332 ff.); Däubler/Kittner/Klebe/Trittin, BetrVG, § 23, Rn. 123; Prütting, RdA 1995, S. 257, (259); Raab, ZfA 1997, S. 183, (185 ff.); Richardi, Anmerkung zum Beschluss des BAG vom 3. 5. 1994, AP Nr. 23 zu § 23 BetrVG 1972, Bl. 738, (Bl. 746); Trittin, DB 1983, S. 230, (230 ff.)

⁴⁴⁰ So auch BAG, Urteil vom 3. 5. 1994, a.a.O. (Fn. 439); zu dem vom BAG in Bezug genommenen, sogenannten quasi-negatorischen Unterlassungsanspruch des allgemeinen Zivilrechts vgl. Erman/Ebbing, BGB, Band 2, § 1004 BGB, Rn. 4 ff.; ähnlich Prütting, der ebenfalls eine fehlende, ausdrückliche gesetzliche Normierung eines Unterlassungsanspruchs im BetrVG nicht als Hindernis betrachtet und durch die Mitbestimmungsrechte eine geschützte Rechtsposition des Betriebsrates begründet sehen will, deren Verletzung einen Anspruch auf Unterlassung auslöse, vgl. Prütting, RdA 1995, S. 257, (261 ff.); in diesem Sinne auch Richardi, NZA 1995, S. 8, (10 ff.); derselbe, Anmerkung zum Beschluss des BAG vom 3. 5. 1994, AP Nr. 23 zu § 23 BetrVG 1972, Bl. 738, (Bl. 746); kritisch zu der vom BAG gewählten Parallele zum negatorischen Rechtsschutz aus den §§ 823, 1004 BGB Raab, ZfA 1997, S. 183, (192 ff.), der allerdings verkennt, dass das BAG die Unterlassungsansprüche des Betriebsrates bei der Verletzung von Mitbestimmungsrechten nicht aus einer analogen Anwendung des § 1004 BGB herleiten will, sondern mit der Parallele zu § 1004 BGB lediglich hervorheben will, dass Unterlassungsansprüche auch ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung bestehen können.

⁴⁴¹ So aber LAG Frankfurt am Main, Beschluss vom 30. 8. 1984, DB 1985, S. 178, (179); Buchner, Anmerkung zum Urteil des BAG vom 22. 2. 1983, SAE 1984, S. 187, (190 ff.); Fitting, BetrVG, § 111, Rn. 138; undeutlich insoweit Köstler, BB 1982, S. 861, (861); Trittin, BB 1984, S. 1169, (1174); Olderog, NZA 1985, S. 753, (759, 760).

ellen Rechts, kann aber selbst nicht materielle Berechtigungen schaffen.⁴⁴² Das hat zur Folge, dass der Erlass einer einstweiligen Unterlassungsverfügung stets auch einen entsprechenden materiellen Unterlassungsanspruch voraussetzt, der wiederum einer gesetzlichen Grundlage bedarf.⁴⁴³

Im allgemeinen Zivilrecht wird zur Begründung des Unterlassungsanspruchs auf § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB zurückgegriffen, auf dessen Grundlage jede mit einem deliktischen Schadensersatzanspruch sanktionierte Pflichtverletzung mittels eines vorbeugenden Unterlassungsanspruchs abgewehrt werden kann.⁴⁴⁴

Im Betriebsverfassungsrecht besteht Uneinigkeit, auf welcher Grundlage dem Betriebsrat bei der Missachtung seiner Beteiligungsrechte Unterlassungsansprüche gegenüber dem Arbeitgeber eingeräumt werden können. Ganz überwiegend wird als Grundlage für den Unterlassungsanspruch das Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit aus § 2 BetrVG herangezogen. Dieses wirke auf das besondere im BetrVG konzipierte Rechtsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat ein und begründe als Nebenpflicht des Arbeitgebers das Gebot, all das zu unterlassen, was der Wahrnehmung der in § 87 BetrVG begründeten Mitbestimmungsrechte bzw. der Wahrnehmung sonstiger Beteiligungsrechte entgegenstehe.⁴⁴⁵

Andere Vertreter in der Literatur wollen den Unterlassungsanspruch des Betriebsrates aus § 78 BetrVG ableiten, der dem Arbeitgeber verbietet, die Arbeit des Betriebsrates zu stören oder zu behindern.⁴⁴⁶ Schließlich wird

⁴⁴² So zutreffend *Lobinger*, ZfA 2004, S. 101, (114).

⁴⁴³ So auch *Prütting*, RdA 1995, S. 257, (260 ff.).

⁴⁴⁴ Erman/*Ebbing*, BGB; Band 2, § 1004, Rn. 2 ff., Rn. 10; MünchKomm/*Medicus*, Band 6, § 1004, Rn. 6.

⁴⁴⁵ Vgl. mit Bezug auf die Mitbestimmungsrechte aus § 87 BetrVG: BAG, Beschluss vom 3. 5. 1994, AP Nr. 23 zu § 23 BetrVG 1972, Bl. 738, (Bl. 741); seither ständige Rechtsprechung, vgl. BAG, Beschluss vom 6. 12. 1994, BAGE 78, S. 379, (381 ff.); BAG, Beschluss vom 23. 7. 1996, DB 1997, S. 378, (379, 380); zustimmend *Fitting*, BetrVG, § 23, Rn. 100; GK-BetrVG/*Oetker*, Band 1, § 23, Rn. 134 ff.; *Trittin*, BB 1984, S. 1169, (1172 ff.); mit Bezug auf die Beteiligungsrechte aus §§ 90, 111 BetrVG: LAG Hamburg, Beschluss vom 13. 11. 1981, DB 1982, S. 1522, (1522 ff.); *Raab*, ZfA 1997, S. 183, (197 ff.); *Trittin*, DB 1983, S. 230, (231).

⁴⁴⁶ *Dütz*, DB 1984, S. 115, (118 ff.); ferner *Trittin*, BB 1984, S. 1169, (1173); zustimmend auch *Kümpel*, AuR 1985, S. 78, (92); ablehnend dagegen *Lobinger*, ZfA 2004, S. 101, (121); *Prütting*, RdA 1995, S. 257, (261); *Raab*, Negatorischer Rechtsschutz des Betriebsrats, S. 187; *Richardi*, NZA 1995, S. 8, (10).

als Anspruchsgrundlage für einen Unterlassungsanspruch des Betriebsrates auch § 1004 BGB genannt.⁴⁴⁷

Eine Auseinandersetzung mit der Frage, welcher dieser Ansätze vorzugswürdig ist, kann vorliegend dahinstehen, wenn bereits die in Rechtsprechung und Literatur entwickelten, allgemeinen Voraussetzungen für die Anerkennung eines vorbeugenden Unterlassungsanspruchs der Herleitung eines solchen Anspruchs aus § 84 Abs. 2 Satz 6 SGB IX entgegenstehen würden. Dies gilt es im Folgenden herauszuarbeiten. Dabei wird in einem ersten Schritt auf die Literatur und Rechtsprechung zum allgemeinen Unterlassungsanspruch des Betriebsrates bei der Missachtung von Beteiligungsrechten aus dem BetrVG eingegangen. In einem weiteren Schritt sind die gewonnenen Erkenntnisse auf die Frage zu übertragen, ob bei dem Erörterungsanspruch nach § 84 Abs. 2 Satz 6 SGB IX ein ergänzender Unterlassungsanspruch anerkannt werden kann.

b. Voraussetzungen für die Anerkennung des Unterlassungsanspruchs nach dem BetrVG

Die Voraussetzungen für die Anerkennung eines allgemeinen, vorbeugenden Unterlassungsanspruchs zur Sicherung von Beteiligungsrechten des Betriebsrates nach dem BetrVG lassen sich nur schwer feststellen. Die Meinungsvielfalt in diesem Bereich ist beträchtlich. Als einheitliche Grundaussage lässt sich lediglich feststellen, dass es auf die Frage, ob für ein Beteiligungsrecht des Betriebsrates ein ergänzender Unterlassungsanspruch anzuerkennen ist, keine pauschale Antwort geben kann. Es müsse, so die einheitliche Überzeugung, für jedes Mitbestimmungs- bzw. Mitwirkungsrecht gesondert geprüft werden, ob dieses dem Betriebsrat zusätzlich einen vorbeugenden Unterlassungsanspruch gewährt oder nicht.⁴⁴⁸ Ent-

⁴⁴⁷ Vgl. *Lobinger*, a.a.O. (Fn. 446), S. 101, (122 ff.), der für die Begründung des betriebsverfassungsrechtlichen Unterlassungsanspruchs zumindest den Rechtsgedanken aus § 1004 BGB heranziehen will, der darin bestehe, dass die Zuweisung einer subjektiven Rechtsposition auch deren negatorischen Schutz in Form eines vorbeugenden Unterlassungsanspruchs bedinge; ähnlich *Prütting*, RdA 1995, S. 257, (261); ähnlich auch *Richardi*, NZA 1995, S. 8, (10 ff.), allerdings ohne ausdrücklichen Bezug zu § 1004 BGB.

⁴⁴⁸ BAG, Beschluss vom 3. 5. 1994, AP Nr. 23 zu § 23 BetrVG, Bl. 738, (Bl. 741); BAG, Beschluss vom 28. 5. 2002, BAGE 101, S. 216, (216 ff.); LAG Nürnberg, Beschluss vom 4. 2. 2003, NZA-RR 2003, S. 588, (590); LAG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 30. 3. 2006, 11 TaBV 53/05, veröffentlicht bei *Juris*; *Lobinger*, ZfA 2004, S. 101, (144); *Raab*, Negatorischer Rechtsschutz des Betriebsrats, S. 132; *Richardi*, Anmerkung zum Beschluss des BAG vom 3. 5. 1994, AP Nr. 23 zu § 23 BetrVG 1972,

scheidend sei der Inhalt und die jeweilige Ausgestaltung des Beteiligungsrechts.⁴⁴⁹ Wie das jeweilige Beteiligungsrecht im Einzelnen beschaffen sein muss, um einen ergänzenden Unterlassungsanspruch bejahen zu können, und mit welchem Maßstab dies zu beurteilen ist, wird indes uneinheitlich beantwortet.

aa. Das betriebsverfassungsrechtliche Sanktionensystem als Maßstab für die Anerkennung des Unterlassungsanspruchs

Häufig wird für die Frage, ob ein ergänzender Unterlassungsanspruch anzuerkennen ist, auf das mit dem Beteiligungsrecht verbundene *Sanktionensystem* des BetrVG abgestellt. Es wird die Erforderlichkeit eines ergänzenden Unterlassungsanspruchs in Frage gestellt und geprüft, ob die bestehenden Sanktionsmöglichkeiten des Betriebsverfassungsrechts bereits einen effektiven Schutz des jeweiligen Beteiligungsrechtes gewährleisten.⁴⁵⁰ Soweit dies bejaht werden kann, wird das Bestehen eines ergänzenden Unterlassungsanspruchs nach diesem Ansatz abgelehnt.

Innerhalb dieser Meinungsgruppe besteht in Bezug auf einzelne Mitbestimmungs- und Mitwirkungsrechte wiederum Uneinigkeit darüber, ob das Sanktionensystem des BetrVG als geschlossenes Regelungssystem angesehen werden kann oder ob die bestehenden Sanktionen nicht ausreichend sind, um das jeweilige Beteiligungsrecht effektiv zu schützen. So wird in Zusammenhang mit den Mitbestimmungsrechten nach § 87 BetrVG die Möglichkeit des Betriebsrates, die Einigungsstelle einzuschalten, sowie die individualrechtliche Unwirksamkeitsfolge der ohne Beteiligung des Betriebsrates durchgeführten Maßnahme zum Teil als ausreichender Schutzmechanismus angesehen und das Bestehen eines vorbeugenden Unterlas-

Bl. 744, (Bl. 744); *derselbe*, FS Wlotzke, S. 407, (420); *Wenderoth*, Der allgemeine Unterlassungsanspruch, S. 56.

⁴⁴⁹ BAG, Beschluss vom 3. 5. 1994, a.a.O. (Fn. 448); BAG, Beschluss vom 28. 5. 2002, a.a.O. (Fn. 448); LAG Nürnberg, a.a.O. (Fn. 448); LAG Rheinland-Pfalz, a.a.O. (Fn. 448); *Raab*, Negatorischer Rechtsschutz des Betriebsrates, a.a.O. (Fn. 448).

⁴⁵⁰ BAG, Beschluss vom 3. 5. 1994, AP Nr. 23 zu § 23 BetrVG, Bl. 738, (Bl. 741 ff.); BAG, Beschluss vom 6. 12. 1994, BAGE 78, S. 379, (382); angedeutet auch bei BAG, Beschluss vom 28. 5. 2002, BAGE 101, S. 216, (225); LAG Frankfurt am Main, Beschluss vom 30. 8. 1984, DB 1985, S. 178, (179); LAG Hamburg, Beschluss vom 27. 6. 1997, AuR 1998, S. 87, (87); *Belling*, Haftung des Betriebsrats, S. 342 ff.; *Dütz*, DB 1984, S. 115, (119); *Konzen*, Leistungspflichten, S. 83 ff.; *Matthes*, FS Dieterich, S. 355, (356 ff.); *Prütting*, RdA 1995, S. 257, (261 ff.); *Raab*, ZfA 1997, S. 183, (204, 205 ff.); *Richardi*, NZA 1995, S. 9, (11).

sungsanspruchs entsprechend verneint.⁴⁵¹ Andere, unter anderem das BAG, vertreten das Gegenteil und halten bei § 87 BetrVG die genannten Sanktionsmöglichkeiten nicht für ausreichend und befürworten zugunsten des Betriebsrates das Bestehen eines vorbeugenden Unterlassungsanspruchs.⁴⁵²

Ähnlich kontrovers sind die Meinungen in Zusammenhang mit dem Recht des Betriebsrates auf Unterrichtung und Beratung bei geplanten Betriebsänderungen nach §§ 111 Abs. 1 Satz 1 BetrVG. Auch hier werden die mit der Missachtung des Beteiligungsrechts verbundenen Sanktionsmöglichkeiten, insbesondere die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Zahlung eines Nachteilsausgleichs nach § 113 Abs. 3 BetrVG, zum Teil als abschließend,⁴⁵³ zum Teil als nicht abschließend angesehen.⁴⁵⁴ Entsprechend wird auch hier ein vorbeugender Unterlassungsanspruch des Betriebsrates in Bezug auf die Umsetzung der geplanten Betriebsänderung teilweise abgelehnt, teilweise aber auch befürwortet.

In Bezug auf den Erörterungsanspruch nach § 84 Abs. 2 Satz 6 SGB IX besteht – anders als bei den §§ 87, 111 ff. BetrVG – nach der gesetzlichen Konzeption des § 84 Abs. 2 SGB IX kein Sanktionensystem für den Fall, dass der Arbeitgeber seiner Interventionsverpflichtung nicht nachkommt und eine Kündigung ausspricht, ohne ein BEM durchgeführt zu haben. Die Nichtbeachtung des § 84 Abs. 2 SGB IX führt nicht zur formellen Unwirk-

⁴⁵¹ *Belling*, a.a.O. (Fn. 450), S. 347 ff., mit Bezug auf den Vorrang des Einigungsstellenverfahrens.

⁴⁵² Grundlegend BAG, Beschluss vom 3. 5. 1994, AP Nr. 23 zu § 23 BetrVG, Bl. 738, (Bl. 741 ff.); Däubler/Kittner/Klebe/Trittin, BetrVG, § 23, Rn. 130, 131; *Raab*, Negatorischer Rechtsschutz des Betriebsrats, S. 186 ff.; *Richardi*, FS Wlotzke, S. 407, (422 ff.), der die Unwirksamkeitsfolge bei § 87 BetrVG nicht als hinreichenden Schutz für das Mitbestimmungsrecht betrachtet.

⁴⁵³ LAG Düsseldorf, Beschluss vom 19. 11. 1996, DB 1997, S. 1286, (1286, 1287); LAG Niedersachsen, Beschluss vom 29. 11. 2002, BB 2003, S. 1337, (1337, 1338); ArbG Braunschweig, Beschluss vom 15. 6. 1982, DB 1983, S. 239, (239); *Bauer*, DB 1994, S. 217, (224, 225); Erfurter Kommentar/*Kania*, § 111 BetrVG, Rn. 24; GK-BetrVG/*Oetker*, Band 2, § 111, Rn. 250; *Pohl*, FS Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht, S. 987, (997).

⁴⁵⁴ LAG Hamburg, Beschluss vom 13. 11. 1981, DB 1982, S. 1522, (1522); LAG Frankfurt am Main, Beschluss vom 30. 8. 1984, DB 1985, S. 178, (179); LAG Berlin, Beschluss vom 7. 9. 1995, NZA 1996, S. 1284, (1287); LAG Hamburg, Beschluss vom 27. 6. 1997, AuR 1998, S. 87, (87 ff.); LAG Hamm, Beschluss vom 28. 8. 2003, NZA-RR 2004, S. 80, (81); *Fausser/Nacken*, NZA 2006, S. 1136, (1139 ff.); *Fitting*, BetrVG, § 111, Rn. 137 ff., der aber gleichwohl einen materiellrechtlichen Unterlassungsanspruch ablehnt und zu Unrecht auf die prozessuale Möglichkeit einer einstweiligen Unterlassungsverfügung verweist; *Matthes*, FS Dieterich, S. 355, (361); *Trittin*, DB 1983, S. 230, (231);

samkeit der Kündigung. Der Betriebsrat und die Schwerbehindertenvertretung haben auch nicht die Möglichkeit, wie bei den Mitbestimmungsrechten nach § 87 BetrVG, den Arbeitgeber über die Anrufung einer externen Stelle initiativ zur Durchführung des BEM und zur Beachtung des Erörterungsanspruches zu bewegen.

Daher kann aus der dargestellten, in Literatur und Rechtsprechung geführten Diskussion um die betriebsverfassungsrechtlichen Sanktionsmöglichkeiten keine Parallele für die Anerkennung eines Unterlassungsanspruchs bei § 84 Abs. 2 Satz 6 SGB IX gezogen werden. Es lässt sich allerdings im Umkehrschluss, unter Berücksichtigung des Maßstabes eines bestehenden Sanktionensystems, für § 84 Abs. 2 SGB IX feststellen, dass aufgrund der Sanktionslosigkeit der Norm und der fehlenden spezifischen Durchsetzungsmöglichkeiten ein Bedürfnis für einen vorbeugenden Unterlassungsanspruch zur Sicherung des Beteiligungsrechts nach § 84 Abs. 2 Satz 6 SGB IX grundsätzlich gegeben ist.⁴⁵⁵

Setzt man also für die Anerkennung eines vorbeugenden Unterlassungsanspruchs allein voraus, dass ein solcher zur Sicherung des Beteiligungsrechts erforderlich ist, weil im übrigen kein spezifischer Schutz besteht, wäre für § 84 Abs. 2 Satz 6 SGB IX das Bestehen eines solchen Unterlassungsanspruchs in Bezug auf den Ausspruch der vom Arbeitgeber beabsichtigten Kündigung zu bejahen.

bb. Die Differenzierung nach der Qualität des Beteiligungsrechts als Maßstab für die Anerkennung des Unterlassungsanspruchs

Allerdings wird in Rechtsprechung und Literatur für die Frage der Anerkennung eines ergänzenden Unterlassungsanspruchs im BetrVG nicht allein auf das Merkmal der Erforderlichkeit abgestellt, sondern darüber hinaus auch nach der Art des jeweiligen Beteiligungsrechts differenziert.⁴⁵⁶

⁴⁵⁵ Einen vergleichbaren Schluss zieht auch *Belling* in Bezug auf die *schwächeren* Mitwirkungsrechte des BetrVG, bei denen anders als bei § 87 BetrVG nicht die Möglichkeit besteht, ein innerbetriebliches Einigungsstellenverfahren durchzuführen und hierüber eine Einigung zu erzwingen, vgl. *Belling*, Haftung des Betriebsrats, S. 352.

⁴⁵⁶ So wird für die Frage, ob ein vorbeugender Unterlassungsanspruch des Betriebsrates besteht, nicht nur mit dem bestehenden Sanktionssystem des BetrVG argumentiert, sondern auch mit der jeweiligen Einflussstärke und Durchsetzbarkeit des Beteiligungsrechtes, vgl. LAG Frankfurt am Main, Beschluss vom 30. 8. 1984, DB 1985, S. 178, (179); LAG Niedersachsen, Beschluss vom 29. 11. 2002, BB 2003, S. 1337, (1337, 1338); LAG Hamm, Beschluss vom 28. 8. 2003, NZA-RR 2004, S. 80,

Insoweit findet sich allgemein eine Unterscheidung zwischen den *stärkeren* erzwingbaren Mitbestimmungsrechten des Betriebsrates nach § 87 BetrVG und den *schwächeren*, nicht erzwingbaren Mitwirkungsrechten, etwa dem Recht auf Unterrichtung und Beratung nach § 111 BetrVG oder § 90 BetrVG.

Die Mitbestimmungsrechte nach § 87 BetrVG sind deshalb als *stärker* zu bezeichnen, weil sie dem Betriebsrat eine echte Mitbestimmung einräumen. Der Arbeitgeber kann in den Angelegenheiten des § 87 BetrVG letztlich nicht ohne die Zustimmung des Betriebsrates agieren, weil nach allgemeiner Ansicht die Umsetzung einer Maßnahme ohne Übereinkunft mit dem Betriebsrat unwirksam ist und gegenüber den Arbeitnehmern keine Rechtswirkung erzeugt.⁴⁵⁷ Können sich Betriebsrat und Arbeitgeber nicht einigen, kann über die Anrufung der Einigungsstelle eine, auch dem Willen des Arbeitgebers nicht entsprechende Lösung herbeigeführt werden.⁴⁵⁸

Bei den *schwächeren* Mitwirkungsrechten auf Unterrichtung und Beratung, zum Beispiel nach § 111 BetrVG oder nach § 90 BetrVG, kann der Arbeitgeber dagegen auch ohne die Beteiligung des Betriebsrates wirksam Entscheidungen treffen und umsetzen. Er ist nicht auf die Zustimmung der betrieblichen Interessenvertretung zu der von ihm geplanten Maßnahme oder Entscheidung angewiesen. Im Rahmen des § 111 BetrVG besteht zudem keine Pflicht, sich an einen abgeschlossenen Interessenausgleich zu halten. Der Arbeitgeber kann die mit dem Betriebsrat getroffenen Verein-

(81); LAG München, Beschluss vom 28. 6. 2005, ArbRB 2006, S. 78, (78 ff.); LAG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 30. 3. 2006, 11 TaBV 53/05, veröffentlicht bei Juris; Bauer, DB 1994, S. 217, (224, 225); Konzen, Leistungspflichten, S. 86 ff., der die Zulässigkeit einer *Erweiterung des gegebenen Sanktionensystems* anhand der jeweiligen Ausgestaltung der Beteiligungsrechte prüft; Wenderoth, Der Unterlassungsanspruch des Betriebsrats, S. 46 ff.; auch das BAG betont das Erfordernis einer differenzierten Betrachtung, ohne hierauf jedoch weiter einzugehen, vgl. BAG, Beschluss vom 3. 5. 1994, AP Nr. 23 zu § 23 BetrVG, Bl. 738, (Bl. 741, 742); ähnlich BAG, Beschluss vom 28. 5. 2002, BAGE 101, S. 216, (225).

⁴⁵⁷ Diese Unwirksamkeitsfolge lässt sich dem Wortlaut des § 87 BetrVG zwar nicht entnehmen, entspricht aber mittlerweile allgemeiner Ansicht und der ständigen Rechtsprechung des BAG (sog. Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung), vgl. BAG, Beschluss vom 22. 12. 1980, DB 1981, S. 321, (326); BAG, Urteil vom 3. 12. 1991, NZA 1992, S. 749, (749, 759); BAG, Urteil vom 2. 3. 2004, NZA 2004, S. 852, (856); Däubler/Kittner/Klebe/Klebe, BetrVG, § 87, Rn. 4; Erfurter Kommentar/Kania, § 87 BetrVG, Rn. 136; Fitting, BetrVG, § 87, Rn. 1; GK-BetrVG/Wiese, Band 2, § 87, Rn. 98 ff.; Richardi, FS Wlotzke, S. 407, (408); Wenderoth, Der allgemeine Unterlassungsanspruch, S. 48.

⁴⁵⁸ Vgl. § 87 Abs. 2 BetrVG.

barungen umsetzen, aber auch unberücksichtigt lassen. Das Alleinentscheidungsrecht des Arbeitgebers wird durch die Mitwirkung des Betriebsrates also nicht tangiert. Der Betriebsrat hat insgesamt hier nur ein Recht auf Mitwirkung, aber kein Recht auf tatsächliche Mitbestimmung.⁴⁵⁹

(1) Unterlassungsanspruch bei den *schwachen* Mitwirkungsrechten des BetrVG

Besteht noch Einigkeit über die Notwendigkeit, für die Anerkennung eines Unterlassungsanspruchs zwischen den Beteiligungsrechten und der Art ihres Einflusses zu differenzieren, sind die Schlüsse, die hieraus gezogen werden, unterschiedlich. So wird zum Teil für die nicht erzwingbaren Mitwirkungsrechte des Betriebsrates das Bestehen eines Unterlassungsanspruchs bejaht, gerade weil der Einfluss des Betriebsrates auf die Entscheidung des Arbeitgebers hier gering ist.⁴⁶⁰ Zum Teil wird mit dem gleichen Argument das Bestehen eines Unterlassungsanspruchs abgelehnt.⁴⁶¹

Welcher Ansatz zu befürworten ist, ist auch entscheidend für die Frage, ob dem Betriebsrat und der Schwerbehindertenvertretung für die Durchsetzung des Erörterungsanspruchs nach § 84 Abs. 2 Satz 6 SGB IX ein vorbeugender Unterlassungsanspruch zugesprochen werden kann. Denn die *schwächeren* Mitwirkungsrechte nach dem BetrVG, jedenfalls das Recht auf Unterrichtung und Beratung nach § 111 BetrVG kann mit dem Erörterungsrecht nach § 84 Abs. 2 Satz 6 SGB IX verglichen werden. Beide Beteiligungsrechte verleihen dem Betriebsrat bzw. Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung einen Informationsanspruch über den in Rede stehen-

⁴⁵⁹ Vgl. LAG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 30. 3. 2006, 11 TaBV/ 53/05, veröffentlicht bei Juris; Däubler/Kittner/Klebe/Däubler, BetrVG, § 111, Rn. 3; *Fitting*, BetrVG, § 1, Rn. 244; *Konzen*, Leistungspflichten, S. 57; *Wenderoth*, Der allgemeine Unterlassungsanspruch, S. 57.

⁴⁶⁰ LAG Berlin, Beschluss vom 7. 9. 1995, NZA 1996, S. 1284, (1284 ff.); LAG Hamburg, Beschluss vom 26. 6. 1997, NZA-RR 1997, S. 296, (296, 297); LAG Thüringen, Beschluss vom 26. 9. 2000, LAGE BetrVG 1972, § 111 Nr. 17; LAG Hamm, Beschluss vom 28. 8. 2003, NZA-RR 2004, S. 80, (80 ff.); *Matthes*, FS Wlotzke, S. 393, (405, 406).

⁴⁶¹ LAG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 13. 1. 1992, LAGE § 111 BetrVG 1972 Nr. 11; LAG Düsseldorf, Beschluss vom 19. 11. 1996, NZA-RR 1997, S. 297, (297 ff.); LAG Niedersachsen, Beschluss vom 29. 11. 2002, BB 2003, S. 1337, (1337, 1338); *Konzen*, Leistungspflichten, S. 87 ff.; *Leinemann*, ZIP 1989, S. 552, (557, 558); *Wenderoth*, Der allgemeine Unterlassungsanspruch, S. 56 ff.; differenzierend *Fitting*, der einen Unterlassungsanspruch nach der Ausgestaltung des § 111 BetrVG verneint, aber über eine einstweilige Unterlassungsverfügung dem Betriebsrat die Möglichkeit vorbeugenden Rechtsschutzes gewähren will, vgl. *Fitting*, BetrVG, § 111, Rn. 135 ff.

den Beteiligungstatbestand sowie einen Anspruch auf Beratung im Sinne einer gemeinsamen Erörterung,⁴⁶² und zwar noch vor Durchführung der vom Arbeitgeber beabsichtigten, beteiligungspflichtigen Maßnahme.

Zwar spricht § 84 Abs. 2 SGB IX anders als § 111 Abs. 1 BetrVG nicht von einer Pflicht zur Unterrichtung und Beratung sondern von einer gemeinsamen Klärung. Eine solche Klärung ist aber nur denkbar nach vorhergehender Unterrichtung und gemeinsamer Beratung. Die Klärung nach § 84 SGB IX kann daher mit den in § 111 BetrVG geregelten Unterrichts- und Beratungsrechten inhaltlich gleichgesetzt werden.

Auch der Grund der Beteiligungsrechte ist vergleichbar. Sowohl die Beteiligung der betrieblichen Interessenvertreter nach § 84 Abs. 2 SGB IX als auch die nach § 111 BetrVG soll gewährleisten, dass der Arbeitgeber bei der Umsetzung der von ihm beabsichtigten Entscheidung auch die sozialen Belange der Arbeitnehmer und ihr Interesse am Erhalt des Arbeitsplatzes berücksichtigt.⁴⁶³ Beide Beteiligungstatbestände sind zudem darauf ausgerichtet, die Arbeitsplätze der Arbeitnehmer nach Möglichkeit zu sichern und mit dieser Zielsetzung auf den Entscheidungsfindungsprozess des Arbeitgebers einzuwirken, noch bevor der Arbeitgeber eine abschließende Entscheidung trifft.⁴⁶⁴

Wegen dieser Vergleichbarkeit der Beteiligungsrechte kann die Bewertung, ob im Zusammenhang mit § 111 BetrVG ein Unterlassungsanspruch des Betriebsrates anzuerkennen ist, auch für § 84 Abs. 2 Satz 6 SGB IX herangezogen werden. Eine Auseinandersetzung mit den zu § 111 BetrVG vertretenen Ansichten ist daher unverzichtbar.

Die Befürworter eines Unterlassungsanspruchs bei § 111 BetrVG betrachten den Unterlassungsanspruch als notwendiges Korrelat für den geringen Einfluss der betrieblichen Interessenvertreter auf die Entscheidungen des Arbeitgebers. Gerade weil der Betriebsrat im Rahmen der Mitwirkung nach § 111 BetrVG die vom Arbeitgeber geplante Betriebsänderung letztlich nicht verhindern oder inhaltlich beeinflussen könne, sei es umso wichtiger, ihm zumindest die Möglichkeit eines Versuchs zu sichern, im Rahmen der vorgeschalteten Beratung die unternehmerische Entscheidung im Interesse

⁴⁶² In diesem Sinne definiert *Konzen* zutreffend die Beratung, vgl. *Konzen*, Leistungspflichten, S. 57 ff., S. 80.

⁴⁶³ Vgl. *Fitting*, BetrVG, § 111, Rn. 4 ff.; *Matthes*, FS Wlotzke, S. 393, (405, 406).

⁴⁶⁴ Vgl. *Fitting*, BetrVG, § 111, Rn. 1 ff.; vgl. ferner die Ausführungen zur kündigungspräventiven Zielsetzung des BEM unter: Zweiter Teil, C., IV., 1.

der Arbeitnehmer argumentativ zu beeinflussen. Die bestehenden Beratungsrechte müssten daher effektiv ausgestaltet werden. Gerade weil aber der Arbeitgeber durch einfache Durchführung der Betriebsänderung dem Betriebsrat die Möglichkeit zur Beeinflussung im Rahmen der nach § 111 BetrVG vorgesehenen Beratungen nehmen könne, müsse der Beratungsanspruch im Interesse einer effektiven Ausgestaltung durch einen Unterlassungsanspruch geschützt werden.⁴⁶⁵

Zutreffend an dieser Argumentation ist, dass der Beratungsanspruch nach § 111 BetrVG durch einen Unterlassungsanspruch effizienter wäre und die von ihm verfolgte Zwecksetzung, dem Betriebsrat vor Durchführung der Betriebsänderung eine Möglichkeit zur Einflussnahme auf die Arbeitgeberentscheidung zu geben, eher gewährleistet wäre. Die Anerkennung eines Unterlassungsanspruchs würde aber die gesetzgeberische Wertentscheidung, die im Rahmen der §§ 111 bis 113 BetrVG zum Ausdruck kommt, unterlaufen.⁴⁶⁶ Nach dieser Wertentscheidung soll in den wirtschaftlichen Angelegenheiten des § 111 BetrVG die Entscheidung über das *ob* der Betriebsänderung allein beim Arbeitgeber liegen. Der Abschluss eines Interessenausgleichs bzw. der Versuch eines Interessenausgleichs, der eine Einigung mit dem Betriebsrat über das *ob*, wann und wie der Betriebsänderung darstellt,⁴⁶⁷ ist für den Arbeitgeber nicht obligatorisch, sondern in sein Ermessen gestellt. Dies ergibt sich aus § 113 Abs. 3 BetrVG, der für den Fall, dass der Arbeitgeber nicht einmal den Versuch eines Interessenausgleichs vornimmt, lediglich eine mittelbare Sanktion vorsieht. Der Arbeitgeber wird lediglich verpflichtet, den betroffenen Arbeitnehmern einen Nachteilsausgleich zu zahlen. Die ohne Interessenausgleichsversuch vollzogene Betriebsänderung bleibt jedoch wirksam.⁴⁶⁸

Nach dieser Wertung kann dem Betriebsrat kein Anspruch gegenüber dem Arbeitgeber zustehen, die geplante Betriebsänderung bis zum Abschluss eines Interessenausgleichs bzw. bis zum gescheiterten Versuch eines solchen zu unterlassen, weil der Betriebsrat einen Interessenausgleich bzw. den Versuch eines Interessenausgleichs ansonsten mittelbar erzwingen

⁴⁶⁵ LAG Hamm, Beschluss vom 28. 8. 2003, NZA-RR 2004, S. 80, (80 ff.); *Bruns*, AuR 2003, S. 15, (18).

⁴⁶⁶ So im Ergebnis auch *Konzen*, Leistungspflichten, S. 88; *Leinemann*, ZIP 1989, S. 552, (558, 559).

⁴⁶⁷ *Fitting*, BetrVG, § 111, Rn. 14.

⁴⁶⁸ *Fitting*, a.a.O. (Fn. 467), Rn. 135.

könnte.⁴⁶⁹ Wenn aber noch nicht einmal der Versuch eines Interessenausgleichs im Wege eines Unterlassungsanspruchs erzwungen werden kann, dann wäre es widersprüchlich, wenn die den Interessenausgleich anstrebende Beratung durch die Anerkennung eines vorbeugenden Unterlassungsanspruchs vom Betriebsrat erzwungen werden könnte. Zwar ist die in § 111 Satz 1 BetrVG vorgesehene Beratung zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber zu unterscheiden von dem Abschluss eines Interessenausgleichs, der erst das Ergebnis der Beratung darstellt.⁴⁷⁰

Nicht zu unterscheiden ist die Beratung aber von dem Versuch eines Interessenausgleichs, da hier die Übergänge regelmäßig fließend sind. So ist Gegenstand der von § 111 Satz 1 BetrVG vorgesehenen Beratung die vom Arbeitgeber beabsichtigte Betriebsänderung als solche, ihre konkrete Ausgestaltung sowie der genaue Zeitpunkt der Umsetzung. Ziel der Beratung ist es, über die Betriebsänderung ein Einvernehmen zu erzielen, das letztlich in einem abzuschließenden Interessenausgleich münden kann.⁴⁷¹ Die Beratung ist damit nichts anderes als der Versuch eines Interessenausgleichs oder zumindest der Beginn eines solchen Versuchs. Damit kann dem Betriebsrat auch für die Beratung kein Anspruch dahingehend eingeräumt werden, die Betriebsänderung bis zum Abschluss derselben zu unterlassen.⁴⁷²

Dieses Ergebnis steht im Einklang mit der auch im Übrigen sanktionslosen Ausgestaltung des Mitwirkungsrechts. So hat der Gesetzgeber dem Betriebsrat bei § 111 BetrVG auch sonst keine mittelbaren Durchsetzungsmöglichkeiten im Hinblick auf seinen Beratungsanspruch eingeräumt. Die unterlassene Beratung hat, anders als eine unterbliebene Anhörung des Betriebsrates nach § 102 BetrVG, nicht die Unwirksamkeit der Betriebsänderung zur Folge. Auch besteht, anders als im Rahmen der Mitbestimmungsrechte nach § 87 BetrVG, nicht die Möglichkeit, die Einigungsstelle

⁴⁶⁹ So auch *Matthes*, FS Wlotzke, S. 393, (405, 406), allerdings nur in Bezug auf den Anspruch des Betriebsrates zur Anrufung der Einigungsstelle; im Hinblick auf den Beratungsanspruch des Betriebsrates bejaht *Matthes* dagegen den Unterlassungsanspruch.

⁴⁷⁰ Dies betonen auch *Fausser/Nacken*, NZA 2006, S. 1136, (1139).

⁴⁷¹ *Bengelsdorf*, DB 1990, S. 1233, (1236); *Fitting*, BetrVG, § 111, Rn. 115.

⁴⁷² Den Versuch eines Interessenausgleichs bzw. dessen Beginn gleichsetzend mit der Beratung auch: *Bengelsdorf*, DB 1990, S. 1233, (1236); *Konzen*, Leistungspflichten, S. 58; nicht ausdrücklich aber im Ergebnis so auch *Bauer*, DB 1994, S. 217, (222, 223), der einmal von Beratung, einmal von dem Versuch des Interessenausgleichs spricht.

anzurufen und über diese eine Regelung zu erzwingen. Insgesamt lässt sich daher § 111 BetrVG die Wertung entnehmen, dass der Gesetzgeber im Bereich von Betriebsänderungen der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit den Vorrang einräumt und einer unbedingt einzuhaltenden Mitwirkung des Betriebsrates eine Absage erteilt.

Hieraus folgt, dass dem Betriebsrat ein Unterlassungsanspruch im Hinblick auf eine vom Arbeitgeber geplante Betriebsänderung nicht zustehen kann, weil ansonsten der Betriebsrat in der Lage wäre, seine Beteiligung mittelbar zu erzwingen, was mit der oben beschriebenen Wertung nicht in Einklang zu bringen wäre.

(2) Unterlassungsanspruch bei § 84 Abs. 2 Satz 6 SGB IX

Die vorhergehend festgestellten Erkenntnisse können auch bei der Frage berücksichtigt werden, ob dem Betriebsrat bei § 84 Abs. 2 Satz 6 BetrVG ein vorbeugender Unterlassungsanspruch im Hinblick auf den Ausspruch einer vom Arbeitgeber beabsichtigten Kündigung zustehen kann. Denn das Erörterungsrecht nach § 84 Abs. 2 Satz 6 SGB IX ist, wie der Anspruch des Betriebsrates auf Unterrichtung und Beratung nach § 111 BetrVG, nach der gesetzlichen Konzeption ebenfalls nur als schwaches Mitwirkungsrecht, und, wie bereits ausgeführt, mit den Beteiligungsrechten aus § 111 BetrVG vergleichbar.

Die Durchführung eines BEM ist keine formelle Wirksamkeitsvoraussetzung für die vom Arbeitgeber beabsichtigte Kündigung. Ferner hat der Gesetzgeber dem Betriebsrat oder der Schwerbehindertenvertretung keine Durchsetzungsmöglichkeiten in Bezug auf ihren Erörterungsanspruch zur Seite gestellt. Die betrieblichen Interessenvertretungen können den Arbeitgeber weder über eine externe Vermittlungsstelle zur Beachtung der Interventionspflicht anhalten, noch besteht, wie im Rahmen der Unterrichtungs- und Anhörungspflicht gegenüber der Schwerbehindertenvertretung nach § 95 Abs. 2 SGB IX, die Möglichkeit, die Aussetzung der Kündigungsentscheidung bis zur Nachholung des BEM durchzusetzen. Schließlich erweist sich die Missachtung des § 84 Abs. 2 SGB IX auch nicht als Straftat oder Ordnungswidrigkeit im Sinne der §§ 155, 156 SGB IX, so dass sich der Arbeitgeber bei Missachtung der Norm weder strafbar macht, noch sich einem Bußgeld ausgesetzt sieht.

Diese sanktionslose Konzeption der Interventionspflicht lässt vermuten, dass es der Gesetzgeber der Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers über-

lassen wollte, ob im Vorfeld einer krankheitsbedingten Kündigung ein BEM durchgeführt wird oder nicht. Wie an vielen Stellen im SGB IX wird auch bei § 84 Abs. 2 SGB IX deutlich, dass der Gesetzgeber auf den *guten Willen* des Arbeitgebers vertraut, was der in § 101 SGB IX appellativ zum Ausdruck gebrachten Erwartung Rechnung trägt, dass der Arbeitgeber seine Pflichten nach dem SGB IX freiwillig erfüllt.⁴⁷³

Im Ergebnis ist daher bei § 84 Abs. 2 SGB IX auch das Bestehen eines vorbeugenden Unterlassungsanspruchs der betrieblichen Interessenvertretungen in Bezug auf den Ausspruch einer vom Arbeitgeber beabsichtigten Kündigung abzulehnen, wenn man mit dem vorhergehend geschilderten Ansatz nach der Durchsetzungsstärke des Beteiligungsrechts differenziert. Ein solcher Unterlassungsanspruch wäre mit der Konzeption des Beteiligungsrechtes als Teil der sanktionslosen und auf freiwillige Befolgung ausgerichteten Interventionspflicht des Arbeitgebers nach § 84 Abs. 2 SGB IX nicht in Einklang zu bringen.

(3) Zwischenergebnis

Differenziert man für das Bestehen eines Unterlassungsanspruchs, wie ein Großteil der instanzgerichtlichen Rechtsprechung und Literatur, nach der Qualität des Beteiligungsrechts und lehnt bei den *schwach* ausgestalteten Mitwirkungsrechten des Betriebsrates das Bestehen eines Unterlassungsanspruchs ab, so kann ein solcher auch bei dem sanktionslos konzipierten § 84 Abs. 2 SGB IX nicht bestehen.

⁴⁷³ Die in § 101 SGB IX zum Ausdruck gebrachte Leitvorstellung, dass der Arbeitgeber seinen Verpflichtungen aus dem SGB IX freiwillig nachkommt, bedeutet zwar nicht, dass bei einer Nichtbeachtung keine Konsequenzen drohen können; die Leitvorstellung muss aber bei der Auslegung der bestehenden Vorschriften mitberücksichtigt werden, vgl. Neumann/Pahlen/Majerski-Pahlen/Pahlen, SGB IX, § 101, Rn. 8; dies gilt jedenfalls für die Frage, welche *ungeschriebenen* Durchsetzungsmöglichkeiten die Interessenvertretungen haben; hinter der Leitvorstellung des § 101 SGB IX steht die Überzeugung des Gesetzgebers, dass das sozialpolitische Ziel der beruflichen Eingliederung Schwerbehinderter besser mit Appellen an den guten Willen als mit bloßem Druck zu erreichen ist, vgl. Bihr/Fuchs/Krauskopf/Lewering/Ritz, SGB IX, § 101, Rn. 4.

cc. Der Maßstab der *funktional eigenen Rechtsposition* des Betriebsrates

Ein Teil der Literatur, namentlich *Lobinger*, geht für die Frage, unter welchen Voraussetzungen im BetrVG ein vorbeugender Unterlassungsanspruch des Betriebsrates anerkannt werden kann, über den vorhergehend beschriebenen Ansatz noch hinaus. Zwar befürwortet auch er grundsätzlich eine Differenzierung nach der Art des jeweiligen Beteiligungsrechts. *Lobinger* lehnt es jedoch ab, pauschal zwischen den stärkeren Mitbestimmungsrechten und den schwächeren Mitwirkungsrechten zu unterscheiden. Vielmehr stellt er darauf ab, ob hinter der Betriebsratsbeteiligung eine *funktional eigene Rechtsposition* des Betriebsrates steht, die der Betriebsrat im eigenen Interesse bzw. im Interesse der Belegschaft ausübt, oder ob der Betriebsrat bei der Wahrnehmung der Beteiligungsrechte lediglich als Medium zur Verwirklichung individueller Schutzansprüche fungiert.⁴⁷⁴ Nur wenn es um den Schutz einer *funktional eigenen Rechtsposition* des Betriebsrates geht, will *Lobinger* das Bestehen eines vorbeugenden Unterlassungsanspruchs anerkennen.

Grundlage dieser Ansicht ist die aus dem negatorischen Unterlassungsansprüchen des Zivilrechts abgeleitete Überzeugung, dass die Zuweisung einer subjektiven Rechtsposition auch einen negatorischen, auf Rechtsverwirklichung zielenden Schutz voraussetzt, soll das entsprechende Recht nicht nur „auf dem Papier“ bestehen.⁴⁷⁵

Als funktional eigene Rechtspositionen erkennt *Lobinger* nur solche Beteiligungsbefugnisse an, bei denen es um eine echte Mitgestaltung der betrieblichen Verhältnisse durch den Betriebsrat geht, durch welche der Betriebsrat an einer mit einem gewissen Gestaltungsspielraum verbundenen Bestimmungsmacht des Arbeitgebers partizipiert und dadurch eine Art „Freiheitszuwachs“ vermittelt wird. Fehlt es an einem solchen „Freiheitszuwachs“, weil der Bereich, in dem der Betriebsrat zu beteiligen ist, bereits selbst nicht der freien Bestimmungsmacht des Arbeitgebers unterfällt, lehnt *Lobinger* das Bestehen einer funktional eigenen Rechtsposition des Be-

⁴⁷⁴ *Lobinger*, ZfA 2004, S. 101, (148 ff.).

⁴⁷⁵ *Lobinger*, a.a.O. (Fn. 474), S. 101, (122); ähnlich *Wenderoth*, der meint, die Gewährung eines Rechtes ohne die gleichzeitige Möglichkeit zur Abwehr von rechtswidrigen Eingriffen wäre wirklichkeitsfremd, da das Recht in diesem Falle eine inhaltsleere Hülse bliebe, vgl. *Wenderoth*, Der allgemeine Unterlassungsanspruch, S. 6 ff., S. 65 ff.

etriebsrates ab. Denn in diesen Fällen dient die Betriebsratsbeteiligung nach Ansicht *Lobingers* nur der innerbetrieblichen Optimierung individueller Rechtspositionen der Arbeitnehmer, durch die der Arbeitgeber bereits rechtlich gebunden sei. Der Betriebsrat sei hier nicht Träger funktional eigener, der Verwirklichung von Belegschaftsinteressen dienender Rechte, sondern nur Instrument zur zuverlässigen Verwirklichung von Individualansprüchen einzelner Arbeitnehmer.⁴⁷⁶

Als Beispiel individualschützender Beteiligungsrechte, bei denen ein Unterlassungsanspruch des Betriebsrates gegenüber dem Arbeitgeber nicht bestehen soll, nennt *Lobinger* die Betriebsratsanhörung nach § 102 BetrVG vor Ausspruch einer arbeitgeberseitigen Kündigung. Bei der Betriebsratsanhörung ginge es allein um die Ergänzung des allgemeinen Kündigungsschutzes, der dem Individualinteresse des Arbeitnehmers am Erhalt seines Arbeitsplatzes diene, so dass ein funktional eigenes Recht des Betriebsrates nicht gegeben sei.⁴⁷⁷

Überträgt man den Ansatz *Lobingers* auf das Beteiligungsrecht von Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung nach § 84 Abs. 2 Satz 6 SGB IX, ergibt sich für die genannten Interessenvertretungen bei der Nichtbeachtung der Interventionspflicht kein vorbeugender Unterlassungsanspruch in Bezug auf den Ausspruch der vom Arbeitgeber beabsichtigten Kündigung. Denn folgt man der Einteilung *Lobingers*, begründet § 84 Abs. 2 Satz 6 SGB IX keine funktional eigene Rechtsposition des Betriebsrates, weil es im Rahmen des BEM mit den Worten *Lobingers* lediglich um eine kollektive Verstärkung des allgemeinen Kündigungsschutzes zugunsten des betroffenen Arbeitnehmers geht und nicht um die Wahrnehmung kollektiver Belegschaftsinteressen. Wie bereits erwähnt, verfolgt die Beteiligung der in § 84 Abs. 2 SGB IX genannten Stellen nämlich das Ziel, gemeinsam nach Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten zugunsten des arbeitsunfähigen Arbeitnehmers zu suchen und den Ausspruch einer Kündigung möglichst zu vermeiden. Die Beteiligung der betrieblichen Interessenvertretungen soll dabei gewährleisten, dass der Arbeitgeber seiner schon nach dem allgemeinen Kündigungsschutzrecht bestehenden Verpflichtung gerecht wird, alle in Betracht kommenden mildereren Mittel zu nutzen, um

⁴⁷⁶ *Lobinger*, ZfA 2004, S. 101, (149 ff.).

⁴⁷⁷ *Lobinger*, a.a.O. (Fn. 476), S. 101, (154).

das Arbeitsverhältnis zu erhalten.⁴⁷⁸ Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung fungieren im Rahmen der Beteiligung nach § 84 Abs. 2 SGB IX daher nur als Instrumente des Individualschutzes zur Optimierung des bestehenden Kündigungsschutzes. Ein Unterlassungsanspruch kann ihnen daher nach dem Ansatz *Lobingers* nicht zugesprochen werden.

Für dieses Ergebnis spricht auch folgende Erwägung: Kennzeichnend für eine funktional eigene Rechtsposition im Sinne eines subjektiven Rechts ist es, dass der Berechtigte auch die Rechtsmacht zur selbstbestimmten Wahrnehmung dieser Rechtsposition hat, er also über die Ausübung der Berechtigung privatautonom selbst entscheiden kann.⁴⁷⁹

Das ist aber bei den Beteiligungsrechten nach § 84 Abs. 2 Satz 6 SGB IX gerade nicht der Fall. Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung können die Durchführung eines BEM gegenüber dem Arbeitgeber nur dann gerichtlich durchsetzen, wenn der betroffene Arbeitnehmer zur Durchführung des BEM seine Zustimmung erteilt hat.⁴⁸⁰

Von einer funktional eigenen Rechtsposition des Betriebsrates und der Schwerbehindertenvertretung kann bei § 84 Abs. 2 Satz 6 SGB IX daher nicht ausgegangen werden.

c. Zwischenergebnis

Nach den dargestellten Voraussetzungen für die Anerkennung eines vorbeugenden Unterlassungsanspruchs im Zusammenhang mit den Beteiligungsrechten des Betriebsrates nach dem BetrVG kann festgehalten werden, dass ein solcher bei § 84 Abs. 2 SGB IX zur Sicherung des Beteiligungsrechtes von Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung nicht gegeben ist. Dies gilt unabhängig davon, welchen der Ansätze aus Rechtsprechung und Literatur man für vorzugswürdig erachtet.

Damit kann letztlich auch dahinstehen, aus welcher Rechtsgrundlage sich ein solcher Unterlassungsanspruch für § 84 Abs. 2 Satz 6 SGB IX herleiten ließe.

⁴⁷⁸ Diese Verpflichtung ergibt sich aus dem *ultima ratio*-Grundsatz, der als Ausprägung des allgemeinen Verhältnismäßigkeitsprinzips dem Kündigungsschutzrecht immanent ist.

⁴⁷⁹ *Larenz/Wolf*, BGB AT, § 14, Rn. 1 ff.

⁴⁸⁰ So auch *Balders/Lepping*, NZA 2005, S. 854, (855) mit zutreffendem Verweis auf die Begründung zum Entwurf des Gesetzes zur Förderung der Ausbildung und Beschäftigung schwerbehinderter Menschen vom 21. 10. 2003, BT DS 15/1783, S. 16.

Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung können nach alledem den Arbeitgeber zwar aufgrund ihres Erörterungsanspruches aus § 84 Abs. 2 Satz 6 SGB IX gerichtlich zur Nachholung eines BEM verpflichten. Sie sind aber mangels eines vorbeugenden Unterlassungsanspruches nicht in der Lage, zu verhindern, dass der Arbeitgeber ungeachtet seiner Verpflichtung vollendete Tatsachen schafft und die beabsichtigte Kündigung vor oder während der Nachholung des BEM ausspricht.

Ist der Kündigungsausspruch erfolgt, haben Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung, trotz der Missachtung der – gegebenenfalls titulierten – Interventionsverpflichtung, auch nicht die Möglichkeit, den Arbeitgeber zur Rückgängigmachung der ausgesprochenen Kündigung zu verpflichten. Ein solcher Beseitigungsanspruch als besondere Ausprägung des vorbeugenden Unterlassungsanspruches kann aus § 84 Abs. 2 Satz 6 SGB IX schon mangels Anerkennung eines vorbeugenden Unterlassungsanspruches nicht abgeleitet werden.

Letztlich wird die Effektivität der von § 84 Abs. 2 SGB IX angestrebten Kündigungsprävention damit durch die gerichtlich durchsetzbaren Beteiligungsrechte von Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung nur teilweise gestärkt, weil der Arbeitgeber gleichwohl nicht daran gehindert werden kann, die Kündigung auch ohne Nachholung des BEM auszusprechen.

V. Einschränkungen des Kündigungsrechts im Rahmen des Zustimmungsverfahrens vor dem Integrationsamt nach § 85 SGB IX

Neben der Beteiligung von Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung ist der Arbeitgeber bei schwerbehinderten Arbeitnehmern zur wirksamen Umsetzung seiner Kündigungsentscheidung gemäß § 85 SGB IX verpflichtet, die Zustimmung des Integrationsamtes zu der beabsichtigten Kündigung einzuholen. Auch dieses Verfahren vor dem Integrationsamt ist dem Ausspruch der Kündigung zwingend vorzuschalten.

Das Zustimmungsverfahren stellt im Verhältnis zu den genannten betriebsinternen Anhörungsverfahren ein *aliud* dar. Anders als bei den Anhörungsverfahren, bei denen es nur auf die formal ordnungsgemäße Beteiligung von Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung ankommt, kann der Arbeitgeber seinen Kündigungsentschluss ohne die Zustimmung des Integra-

tionsamt nicht umsetzen, weil eine ohne die Zustimmung ausgesprochene Kündigung unwirksam ist.⁴⁸¹

Da somit das Integrationsamt, anders als Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung, in der Lage ist, dem Arbeitgeber die wirksame Umsetzung seiner Kündigungsentscheidung zu verwehren, kann das Verfahren nach § 85 SGB IX eine erhebliche Einschränkung des arbeitgeberseitigen Kündigungsrechts bedeuten. Für die Effektivität der von § 81 und § 84 SGB IX verfolgten Kündigungsprävention ist es daher ebenfalls entscheidend, welche Auswirkungen die Nichtbeachtung der genannten Vorschriften im Rahmen des Zustimmungsverfahrens vor dem Integrationsamt hat.

1. Die Durchführung eines Präventionsverfahrens bzw. BEM als formelle Rechtmäßigkeitsvoraussetzung für den Antrag nach § 85 SGB IX

Die wohl schärfste Einschränkung würde das arbeitgeberseitige Kündigungsrecht erfahren, wenn – wie von einem Teil der Literatur vertreten⁴⁸² – die Nichtdurchführung eines Präventionsverfahrens bzw. BEM stets zu einer ablehnenden Entscheidung des Integrationsamtes führen würde bzw. eine der Kündigung gleichwohl zustimmende Entscheidung als verfahrensfehlerhaft und damit als formell rechtswidrig und anfechtbar angesehen würde. Nach diesem Ansatz wäre dem Arbeitgeber bei Nichtbeachtung des § 84 SGB IX durch die stets zu erwartende Negativ-Entscheidung des Integrationsamtes die Durchsetzung seines Kündigungsentschlusses verwehrt, weil die ohne die Zustimmung des Integrationsamtes ausgesprochene Kündigung unwirksam wäre.

⁴⁸¹ BVerwG, Urteil vom 10. 9. 1992, BVerwGE 91, S. 7, (9); GK-SGB IX/Lampe, Band 3, § 85 SGB IX, Rn. 2.

⁴⁸² So im Ergebnis wohl *Düwell*, Jahrbuch des Arbeitsrechts, Band 43, S. 91, (103); ähnlich *Gagel* in Bezug auf § 84 Abs. 1 SGB IX, der meint, das Integrationsamt sei berechtigt, den Antrag auf Zustimmung zur Kündigung ohne weitere Prüfung abzulehnen, wenn ein Präventionsverfahren nicht durchgeführt worden ist, vgl. *Gagel*, iqpr-Forum B, Diskussionsbeitrag Nr. 1/2005, S. 4, im Internet veröffentlicht unter http://www.iqpr.de/iqpr/seiten/diskussionsforen/forumb/forum-b-de.asp#B1_2005, (letzter Abruf am 10. 10. 2010); im Ergebnis wohl auch *Gagel/Schian*, die die Durchführung eines Präventionsverfahrens als Voraussetzung für eine Zustimmung des Integrationsamtes zur Kündigung ansehen, vgl. *Gagel/Schian*, br 2007, S. 121, (121 ff.); ohne nähere Begründung mit Bezug auf § 84 Abs. 2 SGB IX auch *Welti*, Behinderung und Rehabilitation im sozialen Rechtsstaat, S. 706.

Diese mittelbare Rechtsfolge würde den vernünftigen Arbeitgeber wohl stets zur Einhaltung seiner Pflichten aus § 84 SGB IX veranlassen, jedenfalls im unmittelbaren Vorfeld der Kündigung. Das Antragsverfahren nach § 85 SGB IX wäre nach der der Arbeit zugrunde liegenden These damit von erheblicher Bedeutung für die Effektivität der von § 84 SGB IX verfolgten Kündigungsprävention.

Dieser zum Teil in der Literatur vertretene Ansatz entbehrt jedoch einer überzeugenden Begründung, welche die Annahme einer derartigen Rechtswirkung des § 84 SGB IX auf das Zustimmungsverfahren nach § 85 SGB IX rechtfertigen würde. Rein formelhafte Aussagen, wie dass der von § 84 SGB IX bezweckte Schutz Schwerbehinderter leer liefe, wenn ein Unterbleiben der Beteiligung der in § 84 SGB IX genannten Stellen folgenlos bliebe, genügen hier nicht zur Begründung.⁴⁸³ Denn allein aus der Schutzfunktion des § 84 SGB IX lässt sich nicht ohne weiteres ableiten, dass das Präventionsverfahren bzw. BEM formelle Rechtmäßigkeitsvoraussetzung für das Verfahren nach § 85 SGB IX ist.⁴⁸⁴

Die Einordnung des § 84 SGB IX als formelle Rechtmäßigkeitsvoraussetzung für das Verfahren nach § 85 SGB IX findet im Gesetz keine ausreichende Stütze⁴⁸⁵ und ist mit dem verfassungsrechtlichen Gebot der Rechtssicherheit nicht in Einklang zu bringen.

Die sanktionslos ausgestaltete Regelung des § 84 SGB IX enthält nach ihrem ausdrücklichen Wortlaut keinen Hinweis darauf, dass der Verstoß des Arbeitgebers gegen die in ihr enthaltenen Verpflichtungen zwingend zu einer Ablehnung des Antrages nach § 85 SGB IX führen muss. Auch den Gesetzesbegründungen⁴⁸⁶ sowie den §§ 87 ff. SGB IX, die den Inhalt und

⁴⁸³ So aber argumentiert das OVG für das Land Mecklenburg-Vorpommern, das § 84 Abs. 1 SGB IX als formelle Verfahrensvorschrift einstuft und mit der Schutzfunktion der Norm zu begründen versucht, dass ein unterbliebenes Präventionsverfahren zur Rechtswidrigkeit einer dienstlichen Beurteilung führt, vgl. OVG für das Land Mecklenburg-Vorpommern, Urteil vom 9. 10. 2003, br 2005, S. 143, (146).

⁴⁸⁴ Vgl. die Ausführungen zu der Frage, ob § 84 SGB IX formelle Wirksamkeitsvoraussetzung für die arbeitgeberseitige Kündigung ist, unter: Dritter Teil, C., II.

⁴⁸⁵ So im Ergebnis nunmehr auch BVerwG, Beschluss vom 29. 8. 2007, br 2007, S. 193, (193); vorhergehend so auch schon der Bayerische VGH München, Urteil vom 14. 11. 2006, ZTR 2008, S. 173, (174); VG Gelsenkirchen mit Bezug auf § 84 Abs. 2 SGB IX, Urteil vom 22. 9. 2006, 11 K 3597/05, veröffentlicht bei Juris; Kayser, br 2008, S. 65, (66 ff.).

⁴⁸⁶ In der Gesetzesbegründung zu § 14c SchwbG ist nur davon die Rede, dass das Integrationsamt (bzw. Hauptfürsorgestelle) bei ordnungsgemäß durchgeführtem, aber

den Ablauf des Zustimmungsverfahrens regeln, lässt sich eine derartige Rechtsfolge nicht entnehmen.⁴⁸⁷

Im Ergebnis ließe sich die Einordnung von Präventionsverfahren und BEM als formelle Rechtmäßigkeitsvoraussetzung für das Verfahren nach § 85 SGB IX damit nur über die Annahme einer Regelungslücke rechtfertigen, die im Wege einer gesetzesimmanenten Rechtsfortbildung unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck des § 84 SGB IX zu schließen wäre.⁴⁸⁸

Ob § 84 SGB IX in Ermangelung einer Rechtsfolgenanordnung eine planwidrige Regelungslücke enthält oder der Gesetzgeber hier bewusst eine Regelung der Rechtsfolgen unterlassen hat, hängt davon ab, ob Sinn und Zweck der Norm eine Rechtsfolgenanordnung, insbesondere in Zusammenhang mit dem Zustimmungsverfahren nach § 85 SGB IX, erfordern.⁴⁸⁹

Der Sinn und Zweck der in § 84 SGB IX normierten Verfahren besetzt darin, zum Schutze schwerbehinderter Arbeitnehmer durch frühzeitige Einschaltung der betrieblichen Interessenvertretungen sowie des Integrationsamtes zu verhindern, dass personen-, verhaltens- oder betriebsbedingte Schwierigkeiten zum Verlust des Arbeitsplatzes, u. a. durch Ausspruch einer arbeitgeberseitigen Kündigung führen.⁴⁹⁰

Dieser Schutzzweck verlangt allerdings nicht, die Durchführung der in § 84 SGB IX normierten Verfahren zwingend als formelle Rechtmäßigkeitsvoraussetzung für das Verfahren nach § 85 SGB IX zu qualifizieren. Denn auch ohne eine derartige Einordnung bleibt die Nichtbeachtung des

erfolglosen Präventionsverfahren in der Regel der Kündigung zustimmen wird; der Fall der Nichtbeachtung des Verfahrens wird nicht angesprochen, vgl. die Begründung zum Entwurf des Gesetzes zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit Schwerbehinderter (SchwbAG) vom 16. 5. 2000, BT-DS 14/3372, S. 19; keine Angaben über mögliche Rechtsfolgen einer Nichtbeachtung des § 84 SGB IX enthält auch die Begründung des Gesetzentwurfs eines Sozialgesetzbuchs – Neuntes Buch - (SGB IX) Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen vom 16. 1. 2001, BT-DS 14/5074, S. 113.

⁴⁸⁷ So auch das BVerwG, das zutreffend bemerkt, dass die Aufgabe des Arbeitgebers zur präventiven Intervention weder in § 84 Abs. 1 SGB IX noch in den §§ 85 ff. SGB IX mit der Aufgabe des Integrationsamtes verknüpft ist, über die Zustimmung zur Kündigung eines schwerbehinderten Menschen zu entscheiden, vgl. BVerwG, Beschluss vom 29. 8. 2007, br 2007, S. 193, (193).

⁴⁸⁸ Fehlt es im Rahmen einer Norm an einer gesetzlichen Regelung, die der Normzweck als solcher an sich gebietet, kann eine derartige Regelungslücke nur noch im Wege der sogenannten gesetzesimmanenten Rechtsfortbildung geschlossen werden, vgl. hierzu die Ausführungen bei *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 370 ff.

⁴⁸⁹ Vgl. *Larenz/Canaris*, a.a.O. (Fn. 488), S. 373.

⁴⁹⁰ Zu diesem Schutzzweck des § 84 Abs. 1 SGB IX vgl. die Ausführungen unter: Zweiter Teil, C., IV., 1.

§ 84 SGB IX für den Arbeitgeber nicht folgenlos, was im weiteren Verlauf der Arbeit noch näher dargelegt wird. Der von § 84 SGB IX beabsichtigte Schutz schwerbehinderter Arbeitnehmer kann also auch ohne die Annahme der formellen Rechtswidrigkeit einer nach § 85 SGB IX erteilten Zustimmung erreicht werden.

Zudem ließe die Einstufung des § 84 SGB IX als formelle Rechtmäßigkeitsvoraussetzung für das Zustimmungsverfahren nach § 85 SGB IX unberücksichtigt, dass es den Vorschriften des SGB IX auch darum geht, arbeitslose Schwerbehinderte in den Arbeitsmarkt zu integrieren.⁴⁹¹ Zu diesem Zweck sind die Vorschriften des SGB IX auch darauf ausgerichtet, die Gestaltungsfreiheit des Arbeitgebers, unter anderem durch die bestands-schützenden Regelungen, denen auch § 84 SGB IX zuzurechnen ist, nicht übermäßig zu beeinträchtigen.⁴⁹² Dies spricht dafür, dass der Gesetzgeber im Rahmen des § 84 SGB IX gerade nicht festlegen wollte, dass eine Nichtbeachtung der Interventionsverpflichtung unmittelbare Auswirkungen auf das Zustimmungsverfahren nach § 85 SGB IX hat.

Dieses Ergebnis steht schließlich auch im Einklang mit dem aus dem verfassungsrechtlichen Rechtsstaatsprinzip abgeleiteten Gebot der Rechtssicherheit,⁴⁹³ wonach gesetzliche Normen so klar und bestimmt formuliert sein müssen, dass die Folgen der Regelung für den Normadressaten vorhersehbar und berechenbar sind und er sein Verhalten danach ausrichten kann.⁴⁹⁴ Dies gilt umso mehr, je intensiver die jeweilige Norm in die Freiheiten des Normadressaten eingreift.⁴⁹⁵

Bei § 84 SGB IX, der die Gestaltungsfreiheit des Arbeitgebers u. a. bei der Beendigung von Arbeitsverhältnissen schwerbehinderter Menschen beeinträchtigt, ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber zur Wahrung des

⁴⁹¹ Zu diesem übergreifenden arbeitsmarktpolitischen Ziel vgl. schon die Ausführungen unter: Zweiter Teil, C., II.

⁴⁹² Hierzu auch *Ritz*, der betont, dass es der Überzeugung des Gesetzgebers entspreche, dass das sozialpolitische Ziel der beruflichen Eingliederung Schwerbehinderter besser mit Appellen an den guten Willen und die Einsicht als mit bloßem Druck zu erreichen sei, vgl. *Bihl/Fuchs/Krauskopf/Lewering/Ritz*, SGB IX, § 101, Rn. 4.

⁴⁹³ So auch *Schlewing* in Bezug auf die Frage, ob das Verfahren nach § 84 Abs. 2 SGB IX Auswirkungen auf die Wirksamkeit einer Kündigung hat, vgl. *Schlewing*, *ZfA* 2005, S. 485, (501, 502).

⁴⁹⁴ BVerfG, Urteil vom 7. 7. 1971, BVerfGE 31, S. 255, (264 ff.); *Maunz/Dürig/Grzeszick*, GG, Band III, VII, Art. 20 GG, Rn. 58 ff.; *Sachs/Sachs*, GG, Art. 20 GG, Rn. 126 ff.

⁴⁹⁵ *Maunz/Dürig/Grzeszick*, a.a.O. (Fn. 494).

Gebotes der Rechtssicherheit ausdrücklich geregelt hätte, wenn er den Verfahren eine unmittelbare Rechtsfolge in Bezug auf das Zustimmungsverfahren nach § 85 SGB IX hätte zuschreiben wollen. Denn auch in Bezug auf sonstige Verfahrensregelungen, etwa die des § 102 BetrVG oder des § 85 SGB IX selbst, die wie Präventionsverfahren und BEM dem Anspruch einer Kündigung vorgeschaltet sind, hat der Gesetzgeber dem Gebot der Rechtssicherheit Rechnung getragen und die Rechtsfolgen einer Nichtbeachtung der Verfahren ausdrücklich festgelegt.

Im Ergebnis kann danach der in Rechtsprechung und Literatur zum Teil vertretenen Ansicht, die die Durchführung der in § 84 SGB IX normierten Verfahren als formelle Rechtmäßigkeitsvoraussetzung für das Zustimmungsverfahren nach § 85 SGB IX ansieht, nicht gefolgt werden. Die Nichtdurchführung eines Präventionsverfahrens bzw. BEM führt damit nicht zur formellen Rechtswidrigkeit des Antrages nach § 85 SGB IX. Entsprechend muss der Arbeitgeber, der unter Missachtung seiner präventiven Interventionsverpflichtung beim Integrationsamt einen Antrag auf Zustimmung zur Kündigung eines schwerbehinderten Arbeitnehmers stellt, nicht gleichsam zwingend mit einer ablehnenden Entscheidung der Behörde rechnen.

2. Sonstige Auswirkungen einer Nichtbeachtung des § 84 SGB IX auf die Zustimmungsentscheidung des Integrationsamtes

Auch wenn die Nichtdurchführung der Verfahren nach § 84 SGB IX nicht zwingend ohne weitere Sachprüfung zur Zustimmungsverweigerung durch das Integrationsamt führt, bleibt die Nichtbeachtung der Präventionspflichten aus § 84 SGB IX für den Arbeitgeber nicht ohne Folgen. Das Integrationsamt kann sich gleichwohl veranlasst sehen, bei einem fehlenden Präventionsverfahren bzw. BEM im Vorfeld des Antragsverfahrens die Zustimmung zu verweigern oder das Zustimmungsverfahren zunächst aussetzen, den Arbeitgeber zur Nachholung der genannten Verfahren aufzufordern und die Zustimmung zu verweigern, wenn der Arbeitgeber dieser Aufforderung nicht nachkommt.⁴⁹⁶

⁴⁹⁶ So auch BVerwG, Beschluss vom 29. 8. 2007, br 2007, S. 193, (193); *Brose*, RdA 2006, S. 149, (153); GK-SGB IX/*Schimanski*, Band 2, § 84 SGB IX, Rn. 84 ff. und GK-SGB IX/*Lampe*, Band 3, § 85 SGB IX, Rn. 46, 47; *Ernst/Adlhoch/Seel*, SGB IX, Band 2, § 84, Rn. 11; *Schimanski*, br 2002, S. 121, (126); differenzierend *Kayser*, die davon ausgeht, dass das Integrationsamt bei Missachtung der Präventionspflicht den Antrag auf Zustimmung negativ bescheiden kann, dem Integrationsamt aber keine

Diese Reaktionsmöglichkeiten ergeben sich aus dem Gegenstand des Zustimmungsverfahrens und den darin zum Tragen kommenden Prinzipien der Sachverhaltsaufklärung und Beweislastverteilung.

a. Gegenstand des Zustimmungsverfahrens

Nach § 85 SGB IX trifft das Integrationsamt über die Zustimmung zu einer Kündigung eine Ermessensentscheidung, bei der es die widerstreitenden Interessen des schwerbehinderten Arbeitnehmers am Erhalt seines Arbeitsplatzes und des Arbeitgebers am Erhalt seiner Gestaltungsfreiheit gegeneinander abzuwägen hat. Bei dieser Ermessensentscheidung muss das Integrationsamt stets die besondere Schutzbedürftigkeit schwerbehinderter Menschen als Leitlinie beachten.⁴⁹⁷

Im Rahmen der zu treffenden Ermessensentscheidung obliegt es dem Integrationsamt sicherzustellen, dass vor einer Kündigung alle anderen Möglichkeiten, die Schwierigkeiten im Arbeitsverhältnis zu beseitigen und den Arbeitsplatz zu erhalten, ausgeschöpft worden sind bzw. noch ausgeschöpft werden.⁴⁹⁸ Entsprechend steht im Mittelpunkt der Entscheidung des Integrationsamtes in den meisten Fällen nicht die Frage, ob die vorgetragenen Kündigungsgründe die Kündigung offensichtlich rechtfertigen,⁴⁹⁹ sondern

⁴⁹⁷ Befugnis zuspricht, das Verfahren auszusetzen und den Arbeitgeber zur Nachholung des Präventionsverfahrens aufzufordern, vgl. *Kayser*, br 2008, S. 65, (66 ff.).
BVerwG, Urteil vom 2. 7. 1992, BVerwGE 90, S. 287, (292 ff.); GK-SGB IX/*Lampe*, Band 3, § 89 SGB IX, Rn. 13 ff.; *Seidel*, DB 1996, S. 1409, (1412), vgl. auch die Ausführungen zu der schwierigen Beschäftigungssituation schwerbehinderter Menschen unter: Erster Teil, A.

⁴⁹⁸ Vgl. hierzu den Bericht der Bundesregierung über die Wirkungen der Instrumente zur Sicherung von Beschäftigung und zur betrieblichen Prävention vom 27. 6. 2007, S. 40, veröffentlicht im Internet unter http://www.bmas.de/coremedia/generator/3066/2007_06_27_bericht_instrumente_beschaeftigungssicherung_und_betriebliche_pr_aevention.html, (letzter Abruf am 10. 10. 2010); *Düwell*, Jahrbuch des Arbeitsrechts, Band 43, S. 91, (93); *Gagel*, FS Schwedtmeyer, S. 397, (399 ff.); *Kayser*, br 2008, S. 65, (67), die zutreffend betont, dass das Integrationsamt bei dieser Prüfung ein mit dem Präventionsverfahren vergleichbares Ziel, nämlich das der Arbeitsplatzerhaltung, anstrebt; *Seidel*, DB 1996, S. 1409, (1409).

⁴⁹⁹ Dies folgt daraus, dass es nach h. M. nicht Aufgabe des Integrationsamtes ist, die arbeitsrechtliche Wirksamkeit der beantragten Kündigung zu prüfen. Das Integrationsamt ist nach h. M. lediglich bei einer offensichtlich unwirksamen Kündigung berechtigt, die Zustimmung wegen einer fehlenden sozialen Rechtfertigung zu verweigern, darüber hinaus besteht nach h. M. aber keine Prüfungskompetenz hinsichtlich der Frage der arbeitsrechtlichen Wirksamkeit der Kündigung, vgl. BVerwG, Urteil vom 2. 7. 1992, BVerwGE 90, S. 287, (292 ff.); BVerwG, Urteil vom 19. 10. 1995, BVerwGE 99, S. 336, (340); *Kuhlmann*, br 2006, S. 93, (93 ff.);

ob das Integrationsamt unter Berücksichtigung der vorgetragenen Kündigungsgründe und der besonderen Schutzbedürftigkeit von der Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers überzeugt ist.⁵⁰⁰

Besondere Bedeutung gewinnen in diesem Zusammenhang die Pflichten des Arbeitgebers aus § 81 Abs. 4 und 5 SGB IX. Kann der Arbeitsplatz behinderungs- und leistungsgerecht umgestaltet werden oder der schwerbehinderte Arbeitnehmer auf einem anderen Arbeitsplatz umgesetzt werden, der seiner Behinderung gerecht wird, darf das Integrationsamt die Zustimmung nicht erteilen.⁵⁰¹ Das Gleiche gilt, wenn durch sonstige Leistungsangebote der Rehabilitationsträger oder des Integrationsamtes die Weiterbeschäftigung des Schwerbehinderten erreicht werden kann.⁵⁰²

Dass der Schwerpunkt des Zustimmungsverfahrens auch in der tatsächlichen Praxis der Integrationsämter auf der Prüfung von Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten liegt, bestätigt eine von *Jopen* vorgenommene Analyse

Mianowicz, RdA 1998, S. 281, (291); *Seidel*, MDR 1997, S. 804, (805 ff.); *Seel*, MDR 2007, S. 499, (503); a. A. *Gagel/Schian*, iqpr-Forum B, Diskussionsbeitrag Nr. 15/2006, S. 4 ff., veröffentlicht im Internet unter http://www.iqpr.de/iqpr/seiten/diskussionsforen/forumb/forum-b-de.asp#B15_2006, (letzter Abruf am 10. 10. 2010); GK-SGB IX/ *Großmann*, Band 3, § 89 SGB IX, Rn. 25, der mit dem Argument der Einheit der Rechtsordnung davon ausgeht, dass das Integrationsamt stets bei einer rechtswidrigen Kündigung berechtigt ist, die Zustimmung zu verweigern; dem kann indes nicht gefolgt werden, weil den Mitarbeitern des Integrationsamtes nicht zugemutet werden kann, arbeitsrechtlich höchst komplexe Fragen zu überprüfen, für die von Gesetzes wegen auch für schwerbehinderte Arbeitnehmer das allgemeine Kündigungsschutzverfahren zur Verfügung steht.

⁵⁰⁰ So auch das BAG, Urteil vom 22. 9. 2005, EzA § 81 SGB IX Nr. 10, S. 1, (10); dies wird bestätigt durch die Regelung des § 89 SGB IX, nach der das Ermessen des Integrationsamtes ausgeschlossen oder in den dort genannten Fällen eingeschränkt wird, weil eine Prüfung von Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten durch das Integrationsamt in den dort geregelten Fällen in der Regel entbehrlich ist, da entweder eine solche von vornherein nicht besteht oder aber dem Schwerbehinderten bereits ein angemessener und zumutbarer Arbeitsplatz gesichert ist, vgl. hierzu die Kommentierung in GK-SGB IX/*Lampe*, Band 3, § 89, Rn. 19 ff.

⁵⁰¹ So das BAG, a.a.O. (Fn. 500); ferner das OVG Bremen, Urteil vom 10. 11. 1981, ZfSH 1982, S. 122, (122 ff.), das eine Zustimmung von Hauptfürsorgestelle und Widerspruchsausschuss für ermessensfehlerhaft hält, wenn die genannten Stellen in ihre Erwägungen nicht einbeziehen, ob der schwerbehinderte Arbeitnehmer behindertengerecht weiterbeschäftigt werden kann; dem zustimmend auch GK-SGB IX/*Großmann*, Band 3, § 89 SGB IX, Rn. 29, 30; für eine entsprechend Prüfungspflicht des Integrationsamtes für den Fall, dass der Schwerbehinderte in seinem erlernten Beruf nicht mehr eingesetzt werden kann, *Seidel*, DB 1996, S. 1409, (1413).

⁵⁰² Zu den Möglichkeiten des Integrationsamtes im Rahmen des Zustimmungsverfahrens *Seidel*, a.a.O. (Fn. 501), S. 1409, (1412 ff.).

einer repräsentativen Stichprobe von Kündigungsschutzakten der Hauptfürsorgestelle Stuttgart aus den Jahren 1982 und 1983.⁵⁰³ Nach dieser Analyse hat sich die Hauptfürsorgestelle in praktisch allen Verfahren (94 %), die mit einer Ablehnung geendet haben und in denen vom Arbeitgeber personen- oder betriebsbedingte Gründe vorgetragen worden sind, mit Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten auseinandergesetzt. Aber auch in Verfahren, die zu einer Zustimmung geführt haben, war die Auseinandersetzung mit den Umsetzungsmöglichkeiten die häufigste Erwägung neben der Bewertung der vorgetragenen Kündigungsgründe.⁵⁰⁴

b. Die Entscheidungsgrundlage des Integrationsamtes

Die Entscheidungsgrundlage für die Frage nach bestehenden Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten bildet im Zustimmungsverfahren nicht der Sachvortrag des Arbeitgebers oder des schwerbehinderten Arbeitnehmers, sondern der vom Integrationsamt selbst ermittelte Sachverhalt. Dies ergibt sich aus dem im Zustimmungsverfahren geltenden Amtsermittlungsgrundsatz, der das Integrationsamt nach § 20 SGB X verpflichtet aber auch berechtigt, eine eigene Sachverhaltsaufklärung zu betreiben und von Amts wegen all das zu ermitteln, was erforderlich ist, um die gegensätzlichen Interessen des Arbeitgebers und des schwerbehinderten Arbeitnehmers abwägen zu können.⁵⁰⁵

Zur Feststellung von Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten stehen dem Integrationsamt im Rahmen der gebotenen Sachverhaltsaufklärung nicht nur die Mittel der Anhörung der Beteiligten und der Einholung von Stellungnahmen des Betriebsrates und der Schwerbehindertenvertretung zur Verfügung.⁵⁰⁶ Darüber hinaus kann sich das Integrationsamt auch der Hilfe von Sachverständigen bedienen, sofern die eigene Sachkunde keine ausreichende Entscheidungsgrundlage bietet. So können zur Feststellung der zukünftigen Arbeitsfähigkeit des Schwerbehinderten ärztliche Gutachten oder zur

⁵⁰³ *Jopen*, Der besondere Kündigungsschutz für Schwerbehinderte, zur Analyse der einzelnen Verfahrensergebnisse, Kapitel 7.9., S. 176 ff.

⁵⁰⁴ *Jopen*, a.a.O. (Fn. 503), S. 182.

⁵⁰⁵ BVerwG, Urteil vom 5. 6. 1975, BVerwGE 48, S. 264, (268); BVerwG, Urteil vom 19. 10. 1995, BVerwGE 99, S. 336, (336 ff.); *Düwell*, BB 2004, S. 2811, (2813); *Gagel*, FS Schwerdtner, S. 397, (402); GK-SGB IX/*Lampe*, Band 3, § 87 SGB IX, Rn. 40 ff.; *Seidel*, DB 1996, S. 1409, (1409 ff.).

⁵⁰⁶ *Seidel*, DB 1996, a.a.O. (Fn. 505).

Ermittlung bestehender Einsatzmöglichkeiten im Betrieb technische Gutachten eingeholt werden.⁵⁰⁷

Die Pflicht zur Sachverhaltsaufklärung und damit auch zur Ermittlung von Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten im Betrieb besteht indes nicht unbegrenzt. Das Integrationsamt ist nicht verpflichtet, in jede nur erdenkliche Richtung zu ermitteln. Vielmehr findet die Ermittlungspflicht dort ihre Grenze, wo eine weitere Aufklärung des Sachverhalts ohne die Mitwirkung der am Antragsverfahren Beteiligten unmöglich ist.⁵⁰⁸ Entsprechend sieht § 21 Abs. 2 SGB X eine Obliegenheit der Beteiligten vor, an der Sachverhaltsaufklärung mitzuwirken, was insbesondere dann erforderlich ist, wenn es um Tatsachen geht, die nur den Beteiligten bekannt sind.⁵⁰⁹ Diese Mitwirkungslast der Beteiligten ist nicht gleichzusetzen mit der im arbeitsgerichtlichen Verfahren geltenden Beweisführungslast der Parteien. Anders als im arbeitsgerichtlichen Kündigungsschutzverfahren ist im sozialverwaltungsrechtlichen Zustimmungsverfahren wegen des Amtsermittlungsgrundsatzes nicht der Arbeitgeber verpflichtet, den Beweis dafür zu erbringen, dass keine Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten zugunsten des schwerbehinderten Arbeitnehmers bestehen. Vielmehr muss das Integrationsamt von sich aus die für die Überzeugungsbildung notwendigen Beweise erheben und einer abschließenden Würdigung unterziehen.⁵¹⁰ Allerdings bleibt die fehlende oder ungenügende Mitwirkung der Beteiligten auch im sozialverwaltungsrechtlichen Verfahren nicht folgenlos. Auch hier gilt der Grundsatz der materiellen Beweislastverteilung. Lässt sich danach eine Tatsache nach Ausschöpfung aller Ermittlungsmöglichkeiten nicht beweisen, geht ihre Nichterweislichkeit materiell zu Lasten desjenigen, der aus dieser Tatsache eine ihm günstige Rechtsfolge herleiten will.⁵¹¹

Übertragen auf das Zustimmungsverfahren vor dem Integrationsamt bedeutet dies Folgendes: Gelangt das Integrationsamt nach der gebotenen Sachverhaltsermittlung – sei es mit oder ohne Mitwirkung des Arbeitgebers – zu dem Schluss, dass sich bei ihm nicht die notwendige Gewissheit darü-

⁵⁰⁷ Dies folgt aus § 21 Abs. 1 SGB X, der die Beweismittel nennt, derer sich das Integrationsamt im Rahmen des Zustimmungsverfahrens bedienen kann; vgl. auch *Seidel*, DB 1996, S. 1409, (1410).

⁵⁰⁸ Von Wulffen/*von Wulffen*, SGB X, § 20 SGB X, Rn. 6.

⁵⁰⁹ Von Wulffen/*von Wulffen*, a.a.O. (Fn. 508).

⁵¹⁰ Diering/Timme/Waschull/*Rixen*, SGB X, § 20 SGB X, Rn. 16 ff.; GK-SGB IX/*Lampe*, Band 3, § 87 SGB IX, Rn. 58 ff.

⁵¹¹ Diering/Timme/Waschull/*Rixen*, a.a.O. (Fn. 510), Rn. 18; von Wulffen/*von Wulffen*, SGB X, § 20 SGB X, Rn. 9.

ber eingestellt hat,⁵¹² dass keine Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten zugunsten des schwerbehinderten Arbeitnehmers bestehen, geht dies zu Lasten des Arbeitgebers.⁵¹³ Denn es ist der Arbeitgeber, der aus dem Fehlen von Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten eine ihm günstige Rechtsfolge herleiten will, nämlich die Erteilung der Zustimmung zur Kündigung durch das Integrationsamt.

c. Auswirkungen eines unterbliebenen Präventionsverfahrens bzw. BEM auf die Entscheidung des Integrationsamtes

Aufgrund der vorstehend beschriebenen Pflicht des Arbeitgebers, an der Aufklärung des Kündigungssachverhaltes mitzuwirken, und der daraus resultierenden materiellen Beweislastverteilung kann es sich für den Arbeitgeber im Rahmen des Zustimmungsverfahrens nachteilig auswirken, wenn er entgegen seiner Verpflichtung aus § 84 SGB IX vor dem Antrag auf Zustimmung zur Kündigung kein Präventionsverfahren bzw. BEM durchgeführt hat.

Kommt das Integrationsamt nämlich im Rahmen seiner Sachverhaltsermittlung zu dem Schluss, dass das Fehlen einer Weiterbeschäftigungsmöglichkeit nicht zu seiner Gewissheit feststeht, ist es berechtigt, nach der allgemeinen Beweislastverteilung den Antrag auf Zustimmung zur Kündigung abzulehnen. Es ist aber umso wahrscheinlicher, dass sich das Integrationsamt vom Fehlen einer Weiterbeschäftigungsmöglichkeit nicht überzeugt zeigen wird und es zur Ablehnung des Zustimmungsantrages kommt, wenn der Arbeitgeber im Vorfeld des Antragsverfahrens kein Präventionsverfahren bzw. BEM durchgeführt hat.⁵¹⁴

⁵¹² Für den notwendigen Überzeugungsgrad, den die Behörde vom Fehlen oder Vorliegen einer Tatsache haben muss, wird keine absolute Gewissheit vorausgesetzt. Vielmehr reicht die an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit aus, dass kein die Lebensverhältnisse überschauender, vernünftiger Mensch noch zweifeln würde, vgl. Diering/Timme/Waschull/Rixen, SGB X, § 20 SGB X, Rn. 16.

⁵¹³ Die Analyse von *Joppen* bestätigt, dass tatsächlich Anträge auf Zustimmung abgelehnt werden, weil der Nachweis für die fehlende Beschäftigungsmöglichkeit nicht erbracht ist, obwohl das Integrationsamt selbst das Bestehen einer Weiterbeschäftigungsmöglichkeit nicht bejahen konnte, vgl. *Joppen*, Der besondere Kündigungsschutz für Schwerbehinderte, zur Analyse der ablehnenden Entscheidungen, Kapitel 7.9.3., S. 187.

⁵¹⁴ Ähnlich *Düwell*, FS Küttner, S. 139, (145); ähnlich auch *Kayser*, die jedenfalls in den Fällen eine Versagung der Zustimmung durch das Integrationsamt prognostiziert, in denen konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass ein Präventionsverfahren die Kündigung hätte verhindern können, vgl. *Kayser*, br 2008, S. 65, (67).

Ein unterbliebenes Präventionsverfahren bzw. BEM begründet insoweit die tatsächliche Vermutung, dass der Arbeitgeber nicht alle Möglichkeiten ausgeschöpft hat, nach Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten für den schwerbehinderten Arbeitnehmer zu suchen. Hieraus folgt desweiteren die Vermutung, dass tatsächlich bestehende Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten vom Arbeitgeber nicht aufgedeckt worden sind.⁵¹⁵ Denn es kann unterstellt werden, dass der Arbeitgeber regelmäßig nicht von sich aus ohne die sachkundige Beratung des Integrationsamtes und ggfs. der gemeinsamen Servicestellen der Rehabilitationsleistungsträger alle Möglichkeiten erkennt, wie ein schwerbehinderter, ggf. leistungsgewandelter Arbeitnehmer so eingesetzt werden kann, dass es zu keinen weiteren Beeinträchtigungen im Arbeitsverhältnis kommen wird.⁵¹⁶

Die Vermutung, dass bei Nichtdurchführung eines Präventionsverfahrens bzw. BEM nicht alle Möglichkeiten ausgeschöpft worden sind, nach Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten für den schwerbehinderten Arbeitnehmer zu suchen und daher bestehende Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten nicht erkannt worden sind, wird durch einen allgemeinen Erfahrungssatz begründet. Dieser besteht darin, dass der Arbeitgeber selbst regelmäßig nicht das

⁵¹⁵ Ob dieser Vermutung ein derart tragfähiger Erfahrungssatz zugrunde liegt, dass die Nichtdurchführung des Präventionsverfahrens bzw. BEM einen Anscheinsbeweis dafür zu begründen vermag, dass tatsächlich bestehende Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten unentdeckt und damit ungenutzt geblieben sind, kann hier dahinstehen. Denn selbst wenn die Nichtdurchführung des Präventionsverfahrens bzw. BEM nur indizielle Wirkung hat, also nur *ein* Aspekt von vielen im Rahmen der Ermessensentscheidung des Integrationsamtes Berücksichtigung findet, erhöht die hier beschriebene Vermutungswirkung die Wahrscheinlichkeit, dass sich das Integrationsamt vom Fehlen einer Weiterbeschäftigungsmöglichkeit nicht überzeugt zeigen wird; zur Unterscheidung zwischen einem Erfahrungssatz als Grundlage für einen Indizienbeweis und als Grundlage für einen Anscheinsbeweis Musielak/*Foerste*, ZPO, § 286, Rn. 25; *Prütting*, Gegenwartsprobleme der Beweislast, S. 53 ff., S. 108; *Schneider*, Beweis und Beweiswürdigung, § 19, Rn. 324, § 21, Rn. 355 ff, Rn. 368 und § 22, Rn. 373 ff.

⁵¹⁶ Hierbei handelt es sich um eine gewissermaßen prognostische Einschätzung, da ein Präventionsverfahren bzw. BEM tatsächlich nicht durchgeführt worden ist, also auch nicht feststeht, ob ein solches auch Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten aufgedeckt hätte; das Integrationsamt hat hier im Rahmen seines Ermessens eine Einschätzungsprärogative, dass heißt aufgrund seiner Erfahrungen mit den Beschäftigungsmöglichkeiten leistungsgewandelter schwerbehinderter Arbeitnehmer muss es beurteilen, ob im konkreten Einzelfall die Vermutung auch zutreffen kann oder ein Fall vorliegt, in dem offensichtlich auch das Präventionsverfahren bzw. BEM keine Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten hätte aufzeigen können, vgl. zur Einschätzungsprärogative Diering/Timme/Waschull/*Rixen*, SGB X, § 20 SGB X, Rn. 17.

notwendige Fachwissen hat, um alle behindertengerechten Einsatzmöglichkeiten eines leistungsgewandelten schwerbehinderten Arbeitnehmers aufzudecken.⁵¹⁷ Über das notwendige Fachwissen wird regelmäßig nur das beim Integrationsamt angesiedelte Fachpersonal verfügen.

Der dargestellte Erfahrungssatz liegt auch der gesetzlichen Konzeption des Präventionsverfahrens bzw. BEM zugrunde. Beide Verfahren verfolgen gerade den Zweck, den Arbeitgeber vor Ausspruch einer Kündigung zur Konsultation mit dem Fachpersonal des Integrationsamtes und ggfs. mit den gemeinsamen Servicestellen der Rehabilitationsleistungsträger zu bewegen, um mit diesen Möglichkeiten der Weiterbeschäftigung des schwerbehinderten Arbeitnehmers zu prüfen.⁵¹⁸

§ 84 SGB IX enthält also bereits die Umsetzung der Erfahrung, dass der Arbeitgeber von sich aus regelmäßig nicht alle in Betracht kommenden Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten erkennen wird. § 84 SGB IX verpflichtet den Arbeitgeber daher zu einer qualifizierten Suche in Kooperation mit den fachkundigen Stellen des Integrationsamtes und ggfs. den Rehabilitationsleistungsträgern.⁵¹⁹

d. Zwischenergebnis

Die vorhergehend beschriebenen, tatsächlichen Vermutungen, die begründet werden, wenn der Arbeitgeber kein Präventionsverfahren bzw. BEM

⁵¹⁷ Ähnlich die Einschätzung des BAG, das davon ausgeht, dass dem Arbeitgeber das nötige Wissen für die behindertengerechte Einrichtung oder Ausstattung eines Arbeitsplatzes nicht unterstellt werden kann, vgl. BAG, Urteil vom 4. 10. 2005, BAGE 116, S. 121, (130).

⁵¹⁸ So zum Zweck des Präventionsverfahrens auch das BAG, a.a.O. (Fn. 517).

⁵¹⁹ Dass sich aus dem Schutzzweck einer Vorschrift Erfahrungssätze ableiten lassen, die für die Beweiswürdigung von Bedeutung sind, beweist die Rechtsprechung: Der BGH und die Instanzgerichte schließen in ständiger Rechtsprechung aus dem Schutzzweck von Unfallverhütungsvorschriften bzw. von sonstigen Verhaltens- oder Verkehrssicherungsvorschriften, die den Eintritt von Gesundheitsschäden verhindern sollen, den einen Anscheinsbeweis begründenden Erfahrungssatz, dass bei einer Verletzung der Vorschriften der eingetretener Schaden kausal auf diesen Pflichtverstoß zurückzuführen ist; dies soll jedenfalls dann gelten, wenn ein Schaden eintritt, auf deren Vermeidung die verletzte Vorschrift ausgerichtet war, vgl. hierzu beispielhaft: BGH, Urteil vom 9. 11. 1971, VersR 1972, S. 149, (150); BGH, Urteil vom 20. 6. 1978, NJW 1978, S. 2032, (2033); BGH, Urteil vom 25. 1. 1983, VersR 1983, S. 440, (440, 441); BGH, Urteil vom 14. 12. 1993, NJW 1994, S. 945, (945, 946); Brandenburgisches OLG, Urteil vom 8. 8. 2007, 4 U 23/07, veröffentlicht bei Juris; umfassend *Engels*, Der Anscheinsbeweis der Kausalität, S. 80 ff. m. w. Nw. und *Schneider*, Beweis und Beweiswürdigung, § 23, Rn. 634 und Rn. 669, m. w. Nw.

durchgeführt hat, führen zwar nicht zwingend zu einer Ablehnung des Antrages durch das Integrationsamt. Dem Arbeitgeber steht es frei, durch entsprechenden Vortrag die Vermutung zu erschüttern und das Integrationsamt zu überzeugen, dass auch ein Präventionsverfahren bzw. BEM keine Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten für den Arbeitnehmer aufgedeckt hätte.

Ein solcher Nachweis wird dem Arbeitgeber aber wegen der Ergebnisoffenheit der Verfahren nach § 84 SGB IX nur schwer gelingen und allenfalls dann erfolgreich sein, wenn eine Weiterbeschäftigung des Schwerbehinderten von vornherein offensichtlich ausgeschlossen ist⁵²⁰ oder ein Präventionsverfahren bzw. BEM entbehrlich gewesen ist.⁵²¹

Im Regelfall kann daher davon ausgegangen werden, dass das Integrationsamt wegen der Vermutungswirkung des ausgebliebenen Präventionsverfahrens bzw. BEM zu der Überzeugung gelangt, dass das Fehlen von Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten nicht zu seiner Gewissheit feststeht. Daraufhin wird es den Antrag auf Zustimmung zur Kündigung in der Regel ablehnen. Als mildere Maßnahme kann das Integrationsamt das Zustimmungsverfahren aussetzen und den Arbeitgeber auffordern, ein Präventionsverfahren bzw. BEM nachträglich durchzuführen. Weigert sich der Arbeitgeber, tritt wiederum die beschriebene Vermutungswirkung zu Lasten des Arbeitgebers ein. Aufgrund der Schwierigkeit, die Vermutung zu widerlegen, wird dies in der Regel zur Ablehnung des Zustimmungsantrages führen.

3. Ergebnis

Durch die Auswirkungen eines unterbliebenen Präventionsverfahrens bzw. BEM auf die Zustimmungsentscheidung des Integrationsamtes erweist sich § 84 SGB IX trotz fehlender Rechtsfolgenanordnung als Regelung, bei deren Nichtbeachtung das Kündigungsrecht des Arbeitgebers spürbar eingeschränkt werden kann. Dies folgt daraus, dass die Zustimmung des Integrationsamtes zwingende Wirksamkeitsvoraussetzung für die Kündigung gegenüber einem schwerbehinderten Arbeitnehmer ist. Die Zustimmung

⁵²⁰ Als Beispiel sei etwa der Fall eines Flugkapitäns genannt, der seine Sehkraft verliert und erblindet.

⁵²¹ Vgl. zur Unanwendbarkeit des § 84 Abs. 1 SGB IX bei der Änderungskündigung die Ausführungen unter: Zweiter Teil, C., IV., 3., sowie zu den Fallgruppen der Entbehrlichkeit des Präventionsverfahrens bzw. BEM die Ausführungen unter: Zweiter Teil, C., IV., 4.

wird aber nach der hier vertretenen Ansicht im Regelfall nicht erteilt werden, wenn der Arbeitgeber im Vorfeld seinen präventiven Pflichten aus § 84 SGB IX nicht nachgekommen ist.

Die gewünschte Wirkung des § 84 SGB IX, schwerbehinderte Arbeitnehmer vor dem Verlust des Arbeitsplatzes durch Kündigung zu bewahren, wird durch die Auswirkungen im Bereich des Zustimmungsverfahrens danach effektiviert. Der Arbeitgeber wird sich umso eher zur Durchführung eines Präventionsverfahrens bzw. BEM entschließen, wenn er weiß, dass die Nichtbeachtung dieser Verpflichtung wegen des Zustimmungserfordernisses des Integrationsamtes der Umsetzung seiner Kündigungsentscheidung im Wege stehen kann. Damit erhöht sich zugleich die Wahrscheinlichkeit, dass im Rahmen des Präventionsverfahrens bzw. BEM Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten im Sinne des § 81 Abs. 4 und 5 SGB IX gefunden werden, der Arbeitgeber von seinem Kündigungsentschluss wieder Abstand nimmt und das Arbeitsverhältnis erhalten werden kann. Damit wird durch die Auswirkungen einer Nichtbeachtung des § 84 SGB IX im Rahmen des Zustimmungsverfahrens vor dem Integrationsamt gleichzeitig auch die Effektivität des § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX im Hinblick auf das Ziel der Kündigungsprävention erhöht.

VI. Einschränkungen des Kündigungsrechts im Rahmen des Kündigungsschutzverfahrens

Obwohl im Regelfall davon ausgegangen werden kann, dass das Integrationsamt bei Nichtdurchführung eines Präventionsverfahrens bzw. BEM die Zustimmung zur Kündigung nach § 85 SGB IX verweigern wird, ist es gleichwohl nicht ausgeschlossen, dass das Integrationsamt im Rahmen seiner Ermessensentscheidung trotz des fehlenden Präventionsverfahrens bzw. BEM die Zustimmung zur Kündigung erteilt.

Dies wirft die Frage auf, ob eine derartige Kündigung in einem sich anschließenden Kündigungsschutzverfahren Bestand haben kann oder ob es in materiellrechtlicher oder beweisrechtlicher Hinsicht Gründe gibt, die dazu führen, der Kündigung im Rahmen der gerichtlichen Kontrolle die Wirksamkeit zu versagen.

Die Beantwortung dieser Frage ist wiederum von Bedeutung für die Effektivität der präventiven Ziele der §§ 81, 84 SGB IX. Hier gilt nichts anderes als zuvor schon zu den Auswirkungen eines fehlenden Präventionsverfahrens bzw. BEM auf die Zustimmungsentscheidung des

Integrationsamtes festgestellt. Muss der Arbeitgeber damit rechnen, dass ein Arbeitsgericht bei Missachtung der Pflichten aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX bzw. aus § 84 SGB IX die Kündigung stets für materiellrechtlich unwirksam einstuft, wird er sich eher zur Beachtung der aus den Normen resultierenden Vorgaben entschließen. Dies würde aufgrund des Gegenstands und der Funktion der Pflichten aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX bzw. aus § 84 SGB IX wiederum die Wahrscheinlichkeit erhöhen, dass eine Kündigung des schwerbehinderten Arbeitnehmers vermieden und das Arbeitsverhältnis erhalten werden kann.

Zur Bemessung der Effektivität der von § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX und § 84 SGB IX angestrebten Kündigungsprävention sollen daher auch die möglichen Rechtsfolgen herausgearbeitet werden, die eine Nichtbeachtung der Vorschriften im Kündigungsschutzverfahren haben kann.

1. Auswirkungen einer Missachtung der Pflichten aus § 81 Abs. 4 und Abs. 5 SGB IX

Die nicht fähigkeits- oder behindertengerechte Beschäftigung eines schwerbehinderten Arbeitnehmers kann auf unterschiedliche Weise zu einem für den Arbeitnehmer kündigungsrelevanten Sachverhalt führen.

Eine Behinderung kann durch *fehlerhafte*, den Anforderungen des § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX nicht genügende Arbeitsbedingungen in ihrem Verlauf ungünstig beeinflusst werden, mit der Folge, dass es zu Beeinträchtigungen der Leistungsfähigkeit des schwerbehinderten Arbeitnehmers kommt. Derartige arbeitsbedingte Beeinträchtigungen bestehender Schwerbehinderungen, die ihre Ursache ganz oder teilweise im Arbeitsprozess haben, führen häufig zu zwei verschiedenen kündigungsrelevanten Fallgestaltungen.⁵²² So kann es aufgrund der behinderungsbedingten Einschränkungen der Leistungsfähigkeit zu

⁵²² In der arbeitsschutzrechtlichen Literatur erfolgt eine Auseinandersetzung nicht mit derartigen arbeitsbedingten Behinderungen sondern mit arbeitsbedingten Erkrankungen und mit den Zusammenhängen von Arbeitsbedingungen und Erkrankungen vgl. *Heilmann/Hage*, FS Däubler, S. 666 ff. (über psychische und psychosomatische arbeitsbedingte Erkrankungen); *Kittner/Pieper*, ArbSchR, § 2 ArbSchG, Rn. 6 ff.; *Kollmer/Kohte*, ArbSchG, § 2, Rn. 15 ff.; arbeitsbedingte Erkrankungen sind aber häufig Vorstufe einer Behinderung und bilden ebenfalls die Grundlage kündigungsrelevanter Schwierigkeiten, die denen entsprechen, die bei arbeitsbedingten Behinderungen entstehen können. Eine Heranziehung der einschlägigen Literatur und Rechtsprechung zur Kündigung bei arbeitsbedingten Erkrankungen ist wegen der Vergleichbarkeit der Sachlage daher gerechtfertigt.

Arbeitsunfähigkeitszeiten in Form von häufig wiederkehrenden oder langandauernden Arbeitsausfällen kommen, bei denen nicht abschbar ist, ob und wann der behinderte Arbeitnehmer seine arbeitsvertraglich geschuldete Tätigkeit wieder aufnehmen kann.⁵²³ Ferner kann es ohne den Eintritt von Fehlzeiten zu einem erheblichen Abfall der Leistungen des behinderten Arbeitnehmers im Verhältnis zu der bisherigen Durchschnittsleistung kommen.⁵²⁴

Beide Fallgestaltungen können als Grund für eine personenbedingte Kündigung durch den Arbeitgeber herangezogen werden.⁵²⁵ Da eine solche Kündigung letztlich auf Gründe gestützt wird, deren Ursachen der Arbeitgeber durch Missachtung der Vorgaben aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX mit zu verantworten hat, stellt sich die Frage nach möglichen Auswirkungen auf das Recht des Arbeitgebers zur Kündigung.

Die Regelung des § 81 SGB IX trifft hinsichtlich etwaiger kündigungsrechtlicher Folgen keine Aussage. Ihr selbst ist nicht zu entnehmen, inwieweit sich die Nichtbeachtung der besonderen Beschäftigungspflichten auf die Wirksamkeit einer Kündigung auswirkt, wenn die Ursachen des Kündigungsgrundes auf die Nichtbeachtung der Vorgaben aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX zurückzuführen sind. Auch im geltenden Kündigungsschutzrecht sowie im übrigen SGB IX findet sich keine Vorschrift, die besagt, dass bei derartigen, im Folgenden als

⁵²³ Diese Fallgestaltung ist angelehnt an die der krankheitsbedingten Kündigung, deren Grundsätze aufgrund der Vergleichbarkeit der Sachlage auf behinderungsbedingte Fehlzeiten übertragen werden können, vgl. zu den Grundsätzen der krankheitsbedingten Kündigung u. a. die Darstellung in Erfurter Kommentar/*Oetker*, § 1 KSchG, Rn. 110 ff.; Kittner/Däubler/Zwanziger/*Kittner/Deinert*, KSchR, § 1 KSchG, Rn. 72 ff.; nach *Welti* könne man anstelle der krankheitsbedingten Kündigung auch von behinderungsbedingter Kündigung sprechen, vgl. *Welti*, Behinderung und Rehabilitation im sozialen Rechtsstaat, S. 703.

⁵²⁴ Diese Fallgestaltung entspricht den Fällen, in denen ein Arbeitnehmer krankheitsbedingte Minderleistungen erbringt, die unter Umständen eine personenbedingte Kündigung rechtfertigen, vgl. zu dieser kündigungsrelevanten Fallgestaltung Erfurter Kommentar/*Oetker*, § 1 KSchG, Rn. 167.

⁵²⁵ Im Fall des Leistungsabfalls kommt eine personenbedingte Kündigung in Betracht, wenn den schwerbehinderten Arbeitnehmer an der verminderten Leistung kein Verschulden trifft. Bleibt er dagegen schuldhaft hinter seiner tatsächlichen Leistungsfähigkeit zurück, beispielsweise aus Nachlässigkeit, kommt eine verhaltensbedingte Kündigung in Betracht, vgl. zur Abgrenzung von personen- und verhaltensbedingter Kündigung bei Leistungsminderung BAG, Urteil vom 11. 12. 2003, NZA 2004, S. 784, (786); Kittner/Däubler/Zwanziger/*Kittner/Deinert*, KSchR, § 1 KSchG, Rn. 143 ff.; KR/*Griebeling*, § 1 KSchG, Rn. 384 ff.

arbeitsbedingt zu bezeichnenden Leistungsminderungen oder Fehlzeiten das Recht des Arbeitgebers zur Kündigung ausgeschlossen oder zumindest eingeschränkt sein soll.⁵²⁶ Möglicherweise lässt sich aber für die auf arbeitsbedingte Schwierigkeiten gestützte Kündigung ein Ausschluss des Kündigungsrechts über die allgemeinen Vorschriften des BGB begründen.

a. Nichtigkeit der arbeitgeberseitigen Kündigung nach § 134 BGB

Zunächst könnte eine Kündigung, die sich auf arbeitsbedingte Leistungsminderungen oder Fehlzeiten stützt, die infolge der Missachtung der Pflichten aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX eingetreten sind, nach § 134 BGB als nichtig anzusehen sein. Der Arbeitgeber wäre verpflichtet, den schwerbehinderten Arbeitnehmer aufgrund seiner Verantwortung für die personenbedingten Schwierigkeiten weiterzubeschäftigen.

§ 134 BGB gilt übergreifend sowohl für die ordentliche als auch für die außerordentliche Kündigung und ist zudem nicht nur beschränkt auf Kündigungen, die vom Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes ausgenommen sind, sondern gilt auch für Kündigungen, die an den Maßstäben den Kündigungsschutzgesetzes zu messen sind, jedenfalls dann, wenn eine Unwirksamkeitsgrund in Rede steht, der vom Kündigungsschutzgesetz nicht erfasst wird.⁵²⁷

Nach § 134 BGB ist ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt. Voraussetzung für die Nichtigkeitsfolge nach § 134 BGB ist demgemäß

⁵²⁶ Unter dem geltenden Kündigungsschutzrecht sind hier die Bestimmungen des allgemeinen und besonderen Kündigungsschutzes zu verstehen, die sich unmittelbar auf die Wirksamkeit einer Kündigung auswirken, also die Normen des Kündigungsschutzgesetzes sowie die Bestimmungen des schwerbehindertenrechtlichen Sonderkündigungsschutzes gemäß §§ 85 SGB IX ff.

⁵²⁷ Die Anwendung der allgemeinen Vorschriften des BGB (§§ 134, 138 und 242 BGB) bei Kündigungen, die nach den Maßstäben des Kündigungsschutzgesetzes zu beurteilen sind, ist Gegenstand einer in Rechtsprechung und Literatur kontrovers geführten Auseinandersetzung, auf die hier nicht weiter eingegangen werden soll; der wohl herrschenden Meinung entspricht es, dass die allgemeinen Vorschriften des BGB als Prüfungsmaßstab für die Rechtmäßigkeit einer arbeitgeberseitigen Kündigung auch im Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes jedenfalls dann herangezogen werden können, wenn der Kündigung ein Umstand zugrunde liegt, der nicht vom Kündigungsschutzgesetz erfasst wird, vgl. *Ascheid/Preis/Schmidt/Preis*, KSchR, Grundlagen J, Rn. 29 ff., Rn. 45 ff.; der vorgenannte Streit besteht vor allem in Bezug auf die Vorschriften der §§ 138, 242 BGB, das Konkurrenzverhältnis zwischen dem Kündigungsschutzgesetz und § 134 BGB erweist sich nicht als problematisch, vgl. zum Meinungsstand *MüArbR/Wank*, Band 1, § 100, Rn. 19 ff.

zunächst der Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot. Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB sind solche materiell-rechtlichen Normen, die ein Rechtsgeschäft wegen seines Inhalts oder der Art seines Zustandekommens untersagen. Ob dies der Fall ist, ergibt sich entweder aus dem Wortlaut einer Norm oder aber aus deren Sinn und Zweck.⁵²⁸

Dem allgemeinen Kündigungsschutzrecht und dem Sonderkündigungsschutzrecht zugunsten Schwerbehinderter nach dem SGB IX lässt sich kein derartiges Verbotsgesetz entnehmen. Es fehlt an einer Norm, die nach ihrem Wortlaut oder Sinn und Zweck Kündigungen untersagt, die auf Umstände gestützt werden, welche auf nicht behindertengerechte Arbeitsbedingungen zurückzuführen sind. Auch § 81 Abs. 3 bis Abs. 5 SGB IX lässt sich ein solches Verbot nicht entnehmen. Die darin normierten besonderen Pflichten des Arbeitgebers bei der Beschäftigung Schwerbehinderter sollen zwar nach ihrem Schutzzweck auch der Vermeidung arbeitgeberseitiger Kündigungen dienen. Nach der gesetzgeberischen Konzeption soll dies aber über eine Beeinflussung der äußeren und personengebundenen Risiken am Arbeitsplatz geschehen, welche zu kündigungsrelevanten Schwierigkeiten führen können. Durch die besondere Pflicht des Arbeitgebers zur behinderten- und fähigkeitsgerechten Beschäftigung Schwerbehinderter sollen derartige Risiken minimiert werden, um den Eintritt kündigungsrelevanter Schwierigkeiten möglichst zu vermeiden. Ein Verbot der Kündigung lässt sich dieser Konzeption nicht entnehmen.

Die Benachteiligungsverbote wegen einer Behinderung bzw. Schwerbehinderung aus § 81 Abs. 2 SGB IX bzw. aus §§ 1, 7 AGG, die ein gesetzliches Verbot im Sinne des § 134 BGB darstellen,⁵²⁹ führen zu keinem abweichenden Ergebnis. Denn der Arbeitgeber kündigt in den hier zu untersuchenden Fällen nicht gerade und ausschließlich wegen der Behinderung, sondern wegen der infolge von Fehlzeiten oder Leistungsminderungen aufgetretenen betrieblichen Beeinträchtigungen.

⁵²⁸ KR/*Friedrich*, § 13 KSchG, Rn. 178; MüArbR/*Wank*, Band 1, § 97, Rn. 41.

⁵²⁹ Zur Einordnung des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG als gesetzliches Verbot KR/*Friedrich*, 5. Auflage, § 13 KSchG, Rn. 183; zur Einordnung der Diskriminierungsverbote des AGG als gesetzliches Verbot *Bauer/Thüsing/Schunder*, NZA 2005, S. 32, (33); Erfurter Kommentar/*Schlachter*, § 7 AGG, Rn. 3; *Kamanabrou*, RdA 2006, S. 321, (333); sind Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG sowie die Diskriminierungsverbote des AGG gesetzliche Verbote im Sinne des § 134 BGB, muss auch § 81 Abs. 2 SGB IX als Verbotsgesetz angesehen werden, da dieser auf das AGG verweist und das verfassungsrechtliche Benachteiligungsverbot konkretisiert.

Es ist fraglich, ob die Tatsache, dass die Fehlzeiten oder Leistungsminderungen ihre Ursache in der Behinderung haben, die Kündigung zu einer Kündigung wegen der Behinderung macht. Wenn jede Kündigung, die (mittelbar) mit der Behinderung in Zusammenhang steht, ohne weiteres als diskriminierend und damit unzulässig anzusehen wäre, wäre die verfassungsrechtlich gewährleistete Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers aus Art. 12 GG erheblich eingeschränkt.⁵³⁰ Zudem würde die Annahme einer diskriminierenden Kündigung zu Widersprüchen mit dem Kündigungsschutzgesetz führen, wenn eine Kündigung nach den Maßstäben des § 1 Abs. 2 KSchG wegen der betrieblichen Beeinträchtigungen trotz der Behinderung als Ursache an sich gerechtfertigt wäre.⁵³¹ Unabhängig davon fehlt es jedenfalls bei derartigen Kündigungen an einer Ungleichbehandlung im Verhältnis zu nicht behinderten Arbeitnehmern, wenn der Arbeitgeber einem Schwerbehinderten wegen Fehlzeiten oder Leistungsminderungen kündigt, die er auch zum Anlass einer Kündigung eines nicht behinderten Arbeitnehmers nehmen würde.

Es ließe sich allenfalls erwägen, die Kündigung wegen der Nichtbeachtung der besonderen Beschäftigungspflichten nach § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX als diskriminierend und damit nach § 134 BGB nichtig einzustufen. Dann müsste die nicht behinderten- bzw. fähigkeitsgerechte Beschäftigung bzw. das Außerachtlassen sonstiger von § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX geforderter Vorkehrungen eine Form der unzulässigen Benachteiligung Schwerbehinderter im Sinne des AGG darstellen und diese sich zudem negativ auf die Wirksamkeit einer sich anschließenden Kündigung auswirken. Ob dies der Fall ist und die Benachteiligungsverbote des AGG überhaupt bei Kündigungen anwendbar sind, soll hier jedoch nicht weiter untersucht werden. Insoweit ist auf den vierten Teil der Arbeit zu verweisen, der sich mit den Benachteiligungsverboten des AGG und deren Einfluss auf die Effektivität der §§ 81, 84 SGB IX befasst.

Lässt man die vorstehende Erwägung demgemäß außer Acht, lässt sich festhalten, dass § 134 BGB mangels eines einschlägigen Verbots-

⁵³⁰ Vgl. BAG, Urteil vom 3. 12. 1954, BAGE 1, S. 185, (185, 191 ff., 196) zur Benachteiligung durch Kündigung wegen politischer Anschauungen; BAG, Urteil vom 30. 11. 1956, AP Nr. 26 zu § 1 KSchG 1951; in diesem Sinne auch KR/*Friedrich*, § 13 KSchG, Rn. 184.

⁵³¹ Mit dem insoweit problematischen Verhältnis zwischen Kündigungsschutzrecht und den im AGG verankerten Antidiskriminierungsvorschriften zugunsten Behinderter setzt sich der vierte Teil der Arbeit auseinander, vgl. hierzu S. 236 ff.

tatbestandes nicht als dogmatischer Anknüpfungspunkt für die Frage in Betracht kommt, welchen Einfluss die Missachtung der Beschäftigungspflichten aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX auf die Wirksamkeit einer arbeitgeberseitigen Kündigung hat.

b. Unwirksamkeit der arbeitgeberseitigen Kündigung nach § 242 BGB

Möglicherweise ist dem Arbeitgeber in den oben genannten Fällen das Recht zur Kündigung aber nach dem Grundsatz von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB zu verwehren.

Im Zusammenhang mit den Pflichten des Arbeitgebers aus dem Arbeitsschutzrecht findet sich in der Literatur vereinzelt die Auffassung, dass die Kündigung des Arbeitgebers wegen des Gebots von Treu und Glauben nach § 242 BGB unzulässig ist, wenn die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit eines Arbeitnehmers, die den Kündigungsgrund bildet, auf einem vom Arbeitgeber verschuldeten Arbeitsunfall beruht.⁵³² Der Arbeitgeber handelt dieser Ansicht nach treuwidrig, wenn er aus Ereignissen, die in seiner Risikosphäre liegen und für die er einzustehen hat, Rechte herleiten will.⁵³³ Eine Kündigung sei nur dann möglich, wenn der Arbeitnehmer eine Erwerbs- oder Berufsunfähigkeitsrente beziehe, da in diesem Fall durch die Zuerkennung der Rente das Arbeitsverhältnis seine Grundlage verloren habe.⁵³⁴

⁵³² Kittner/Däubler/Zwanziger/*Kittner/Deinert*, KSchR, § 1 KSchG, Rn. 120, die dies bei einer durch Arbeitsunfall bedingten Erwerbs- oder Berufsunfähigkeit unter bestimmten Voraussetzungen befürworten; dem folgend auch: *Däubler*, Das Arbeitsrecht 2, S. 517; *Herbst/Wohlfarth*, DB 1990, S. 1816, (1818); im Ergebnis auch *Pflüger*, der ebenfalls in bestimmten Fällen den Ausschluss des Kündigungsrechts befürwortet, allerdings auf anderem Begründungsweg, ohne Heranziehung des Gebots von Treu und Glauben, vgl. *Pflüger*, DB 1995, S. 1761, (1761 ff.).

⁵³³ *Däubler*, Das Arbeitsrecht 2, S. 517; ähnlich für den Fall einer außerordentlichen Kündigung ein älteres Urteil des LAG Düsseldorf, nach dem eine fristlose Kündigung gegen Treu und Glauben verstoßen *kann*, wenn sich der Arbeitnehmer die Arbeitsunfähigkeit im Betrieb des Arbeitgebers zugezogen hat, vgl. LAG Düsseldorf, Urteil vom 24. 10. 1962, BB 1963, S. 41, (42); anders dagegen das LAG Baden-Württemberg, das die Möglichkeit einer fristlosen Kündigung bejaht, auch wenn sich der Arbeitnehmer die Arbeitsunfähigkeit im Betrieb deswegen zugezogen hat, weil der Arbeitgeber die Betriebsräume nicht gemäß § 618 BGB so instand gehalten hat, dass die Arbeitnehmer gegen Gefahren für Leben und Gesundheit geschützt gewesen sind, vgl. LAG Baden-Württemberg, Urteil vom 24. 6. 1963, DB 1963, S. 1436, (1436).

⁵³⁴ Kittner/Däubler/Zwanziger/*Kittner/Deinert*, KSchR, § 1 KSchG, Rn. 120; *Däubler*, Das Arbeitsrecht 2, S. 517.

Dieser Ansatz lässt sich wegen der häufigen Überschneidungen zwischen Krankheit und Behinderung auch auf die Fälle behinderungsbedingter Arbeitsunfähigkeit oder behinderungsbedingter Leistungseinschränkungen übertragen.⁵³⁵ Danach wäre eine Kündigung wegen Fehlzeiten bzw. Leistungsminderungen treuwidrig und damit nach § 242 BGB unwirksam, wenn die kündigungsrelevanten Schwierigkeiten auf eine nicht behinder-tengerechte Beschäftigung zurückzuführen sind.

Konsequenz eines solchen Kündigungsausschlusses nach § 242 BGB wäre, dass allein dem Arbeitgeber das Risiko angelastet würde, dass die schwerbehinderten Arbeitnehmer im Rahmen des Arbeitsprozesses infolge der Nichtbeachtung der Pflichten aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX ihre Arbeitsleistung nur noch eingeschränkt oder überhaupt nicht mehr erbringen können. Die betrieblichen und wirtschaftlichen Belastungen, die aus den behinderungsbedingten Beeinträchtigungen folgen, blieben unberücksichtigt.

In Fällen, in denen der Arbeitnehmer dauernd arbeitsunfähig geworden ist, bliebe zudem unberücksichtigt, dass die Grundlage des arbeitsrechtlichen Austauschverhältnisses, das auf Leistung und Gegenleistung ausgerichtet ist,⁵³⁶ an sich vollständig entfallen ist. Der Arbeitgeber wäre zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses verpflichtet, obwohl mit einer Gegenleistung des Arbeitnehmers nicht mehr zu rechnen und die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses für den Arbeitgeber an sich sinnlos geworden ist.⁵³⁷ Schließlich bliebe bei Annahme eines Kündigungsausschlusses unbeachtet, ob und in welchem Umfang der Arbeitgeber sich trotz der Missachtung der Pflichten aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX im Vorfeld der Kündigung um Maßnahmen bemüht hat, um dem Arbeitnehmer eine Weiterbeschäftigung zu ermöglichen.

⁵³⁵ Krankheiten beschreiben insoweit Risikolagen und Zustände, die sich nicht notwendig, doch aber häufig mit Behinderungen überschneiden oder die Vorstufe einer Behinderung bilden, vgl. hierzu eingehend *Welti*, Behinderung und Rehabilitation im sozialen Rechtsstaat, S. 34 ff.

⁵³⁶ BAG, Urteil vom 15. 2. 1984, NZA 1984, S. 86, (87); BAG, Urteil vom 30. 1. 1986, NZA 1987, S. 555, (556); *Lepke*, Kündigung bei Krankheit, S. 216, 217, Rn. 152; Erfurter Kommentar/*Preis*, § 611 BGB, Rn. 4 ff.; *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts, S. 128 ff.; *Söllner*, AcP 167, 1967, S. 132, (137 ff.).

⁵³⁷ So auch BAG, Urteil vom 18. 1. 2001, DB 2002, S. 100, (102); *Lepke*, Kündigung bei Krankheit, S. 216, 217, Rn. 152, der betont, dass das vertragliche Synallagma zwischen Leistung und Gegenleistung trotz der Anerkennung des Arbeitsrechts als Arbeitnehmerschutzrecht nicht außer Betracht bleiben darf.

Der betrieblichen Verursachung der Arbeitsunfähigkeit bzw. Leistungsminderung würde danach ein derart starkes Gewicht beigemessen, dass die genannten, an sich zugunsten des Arbeitgebers zu würdigenden Umstände für die Frage der Wirksamkeit der Kündigung außer Acht gelassen würden. Die Annahme eines Kündigungsausschlusses nach § 242 BGB liefe danach auf eine Schematisierung der personenbedingten Kündigung bei einer schuldhaften Verursachung der kündigungsrelevanten Schwierigkeiten durch den Arbeitgeber hinaus. Danach wäre die Kündigung, unabhängig von den konkreten Umständen des Einzelfalles, stets für unzulässig zu erklären, wenn die Arbeitsunfähigkeit bzw. Leistungsminderung des Schwerbehinderten auf vom Arbeitgeber verschuldete fehlerhafte Arbeitsbedingungen zurückzuführen ist.

Diese Schematisierung kann mit dem umgekehrten Fall eines absoluten Kündigungsgrundes gleichgesetzt werden, bei dessen Vorliegen dem Richter keine Wahl bleibt als die Kündigung ohne Rücksicht auf die Einzelfallumstände oder die Schwere und Intensität der Vertragsbeeinträchtigung anzuerkennen.⁵³⁸ Die betriebliche Verursachung der kündigungsrelevanten Schwierigkeiten wird nämlich zum absoluten Gesichtspunkt erhoben, der dem Richter keine andere Wahl lässt, als die Kündigung für treuwidrig und damit unzulässig zu erklären.

Eine derart schematisierende Heranziehung von Umständen zum Ausschluss des Kündigungsrechts, die einer Verabsolutierung gleichkommt, verbietet jedoch die im Rahmen des Kündigungsschutzrechts verfassungsrechtlich gebotene Einzelfallbetrachtung.⁵³⁹

Diese gebotene Einzelfallbetrachtung ist Ausdruck der Ausgleichsfunktion des geltenden Kündigungsschutzrechts, das versucht, die divergierenden grundrechtlich geschützten Interessen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer,

⁵³⁸ Dazu BAG, Urteil vom 30. 11. 1978, AP Nr. 1 zu § 64 SeemG, Bl. 57, (58 ff.), zum absoluten Kündigungsrecht nach § 64 SeemG; Ascheid/Preis/Schmidt/Preis, KSchR, Grundlagen H, Rn. 2; Herschel, FS Müller, S. 191, (202); Preis, Prinzipien des Kündigungsrechts, S. 94, 95.

⁵³⁹ Das Erfordernis der einzelfallbezogenen Interessenabwägung ergibt sich zwar nicht unmittelbar aus dem Gesetz, es entspricht aber allgemeiner Auffassung in Rechtsprechung und Literatur, dass eine ordentliche Kündigung nach § 1 KSchG nur möglich ist, wenn eine Interessenabwägung erfolgt, vgl. Ascheid/Preis/Schmidt/Preis, KSchR, Grundlagen H, Rn. 42 ff., m. w. Nw.; Gleiches gilt für eine außerordentliche Kündigung nach § 626 BGB, bei der eine Abwägung der Interessen beider Vertragsteile in § 626 Abs. 1 BGB ausdrücklich angeordnet wird.

nämlich an Kündigungsfreiheit einerseits⁵⁴⁰ und an Bestandsschutz⁵⁴¹ andererseits, in Ausgleich zu bringen.⁵⁴² Diese Ausgleichsfunktion verlangt, bei jeder gesetzlichen Einschränkung der Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers zugunsten des Bestandsschutzinteresses des Arbeitnehmers im Einzelfall auch die legitimen Interessen des Arbeitgebers an der Auflösung des Arbeitsverhältnisses zu berücksichtigen.⁵⁴³

Die Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer Kündigung kommt daher ohne eine am Einzelfall orientierte Interessenabwägung nicht aus. Die *Schematisierung* durch Ausschluss des Kündigungsrechts nach § 242 BGB in den oben genannten Fallgestaltungen führt daher zu einer verfassungsrechtlich nicht tragbaren Ausblendung der berechtigten Interessen des Arbeitgebers. Daher kann diesem, den Ausschluss des Kündigungsrechts befürwortenden Ansatz nicht gefolgt werden.⁵⁴⁴

Im Ergebnis führt die Missachtung der Pflichten aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX daher nicht über § 242 BGB zum Ausschluss des arbeitgeberseitigen Kündigungsrechts wegen behinderungsbedingter Fehlzeiten oder Leistungsminderungen.

⁵⁴⁰ Die Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers ist verfassungsrechtlich durch das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG sowie durch die unternehmerische Entscheidungsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 und aus Art. 14 GG geschützt, vgl. KR/*Griebeling*, § 1 KSchG, Rn. 17.

⁵⁴¹ Das Bestandsschutzinteresse des Arbeitnehmers ist durch das Sozialstaatsgebot aus Art. 20 Abs. 1, Art. 28 Abs. 1 GG sowie durch das Grundrecht der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG geschützt, der gebietet, den Einzelnen in seinem Entschluss zu schützen, eine konkrete Beschäftigungsmöglichkeit in dem gewählten Beruf beizubehalten, vgl. BVerfG, Urteil vom 24. 4. 1991, EzA Art. 13 Einigungsvertrag Nr. 1, S. 1, (2 ff.); KR/*Griebeling*, § 1 KSchG, Rn. 18 ff.; v. *Hoyningen-Huene/Linck*, KSchG, Einleitung, Rn. 10;

⁵⁴² *Ascheid/Preis/Schmidt/Preis*, KSchR, Grundlagen A, Rn. 22 ff.; *Erfurter Kommentar/Dieterich*, Art. 12 GG, Rn. 36 ff.; *Kittner/Däubler/Zwanziger/Kittner/Deinert*, KSchR, Grundlagen, Rn. 10.

⁵⁴³ *Ascheid/Preis/Schmidt/Preis*, a.a.O. (Fn. 542), Rn. 33.

⁵⁴⁴ Gegen eine schematisierende Betrachtung im Rahmen der Interessenabwägung im Kündigungsrecht allgemein auch *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts, S. 240 ff.

c. Unwirksamkeit der arbeitgeberseitigen Kündigung nach § 138 BGB bei vorsätzlicher Missachtung der Vorgaben aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX

Fraglich ist, welche Auswirkungen es auf die Wirksamkeit der Kündigung hat, wenn der Arbeitgeber seine Pflichten aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX vorsätzlich außer Acht gelassen hat.

Im Zusammenhang mit der Missachtung arbeitsschutzrechtlicher Bestimmungen sehen das BAG, allerdings in einer älteren Entscheidung, und mit ihm ein Teil der Literatur eine Kündigung nach § 138 BGB als sittenwidrig und damit unwirksam an, wenn der Arbeitgeber die der Kündigung zugrunde liegende Arbeitsunfähigkeit zu verantworten hat, weil er den die Arbeitsunfähigkeit verursachenden Arbeitsunfall vorsätzlich herbeigeführt hat. Dabei verlangen sowohl Rechtsprechung als auch Literatur nicht zwingend einen zielgerichteten Willen des Arbeitgebers im Sinne eines *dolus directus ersten Grades*. Vielmehr lassen sie es für die Annahme von Sittenwidrigkeit ausreichen, dass der Arbeitgeber bedingt vorsätzlich gehandelt hat, also zumindest billigend in Kauf genommen hat, dass die Missachtung der Arbeitsschutzvorschriften einen Arbeitsunfall zur Folge haben kann, der wiederum zur Arbeitsunfähigkeit eines oder mehrerer Arbeitnehmer führen kann.⁵⁴⁵

Dieser Gedanke ließe sich auch auf den Fall übertragen, dass der Arbeitgeber die ihm nach § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX übertragenen Pflichten vorsätzlich außer Acht lässt und zumindest billigend in Kauf nimmt, dass es infolge des nicht fähigkeits- oder behindertengerechten Einsatzes zu einer kündigungsrelevanten Arbeitsunfähigkeit oder Leistungseinschränkungen eines schwerbehinderten Arbeitnehmers kommen wird. Eine auf die bedingt vorsätzlich herbeigeführte Arbeitsunfähigkeit bzw. Leistungsminderung gestützte Kündigung wäre danach als sittenwidrig und damit unwirksam anzusehen.

Dieser Ansatz kann jedoch nur zum Teil überzeugen. Vergegenwärtigt man sich, dass der Vorwurf der Sittenwidrigkeit einer Kündigung nach der Rechtsprechung des BAG nur in krassen Ausnahmefällen erhoben werden kann, wenn die Kündigung, ausgehend von dem Anstandsgefühl aller billig

⁵⁴⁵ Vgl. BAG, Urteil vom 8. 6. 1972, DB 1972, S. 2071, (2071 ff.); KR/Friedrich, § 13 KSchG, Rn. 142; Lepke, Kündigung bei Krankheit, S. 173, Rn. 114; MüArbR/Wank, Band 1, § 97, Rn. 59; Schaub/Linck, Arbeitsrechts-Handbuch, § 129, Rn. 7.

und gerecht Denkenden, ein *ethisches Minimum* nicht mehr wahr,⁵⁴⁶ muss hier differenziert werden. Eine Kündigung kann danach nur dann als sittenwidrig angesehen werden, wenn der Arbeitgeber die Pflichten aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX bewusst und willentlich nicht beachtet hat, mit der Absicht oder auch nur dem sicheren Wissen, dass es aufgrund der fehlerhaften Arbeitsbedingungen zur Arbeitsunfähigkeit oder Leistungsminderung eines oder mehrerer schwerbehinderter Arbeitnehmer kommen wird.

Ferner ist der Vorwurf der Sittenwidrigkeit auch dann begründet, wenn der Arbeitgeber zwar nicht gewollt oder sicher vorausgesehen hat, dass es wegen der fehlerhaften Arbeitsbedingungen zu kündigungsrelevanten Schwierigkeiten kommen wird, dies aber zumindest in Kauf genommen hat.

Dagegen kann eine Kündigung nicht als sittenwidrig eingestuft werden, wenn der Arbeitgeber zwar den § 81 SGB IX widersprechenden Zustand in seinem Betrieb in Kauf genommen hat, nicht aber erwogen und in Kauf genommen hat, dass dieser Zustand zu kündigungsrelevanten Schwierigkeiten eines schwerbehinderten Arbeitnehmers führen könnte.⁵⁴⁷ In dem letztgenannten Fall kann bei einer Kündigung nicht von einem krassen Verstoß gegen die allgemeine Wertvorstellungen gesprochen werden, da der Arbeitgeber den Eintritt der Kündigungsgründe, nämlich die Arbeitsunfähigkeit oder Leistungsminderung eines Arbeitnehmers, gerade nicht vorhergesehen und billigend in Kauf genommen hat. Ein Ausschluss des Kündigungsrechts nach § 138 BGB kann hier daher nicht befürwortet werden.⁵⁴⁸

Als Zwischenergebnis lässt sich danach in Anlehnung an die Rechtsprechung des BAG und die oben genannten Literaturansichten Folgendes

⁵⁴⁶ BAG, Urteil vom 2. 4. 1987, BAGE 55, S. 190, (195, 196); BAG, Urteil vom 21. 2. 2001, BAGE 97, S. 92, (98, 99); Erfurter Kommentar/Kiel, § 13 KSchG, Rn. 11.

⁵⁴⁷ Zu denken sei hier etwa an Fälle, in denen der § 81 SGB IX oder dem Arbeitsschutzrecht widersprechende Zustand Bereiche im Betrieb betrifft, in denen nur sehr selten schwerbehinderte Arbeitnehmer zum Einsatz kommen, bei denen der Arbeitgeber daher gar nicht damit rechnet, dass sich der arbeitsschutzrechtswidrige bzw. § 81 SGB IX widersprechende Zustand nachteilig für die Arbeitnehmer auswirken kann.

⁵⁴⁸ In diesem Sinne auch Schaub/Linck, Arbeitsrechts-Handbuch, § 129, Rn. 7, der die Sittenwidrigkeit einer Kündigung ablehnt, wenn sie nach einem vom Arbeitgeber bedingt vorsätzlich verursachten Arbeitsunfall erfolgt, dessen Folgen noch nicht abzusehen waren.

festhalten: Wenn der Arbeitgeber unter Missachtung der Vorgaben des § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX billigend in Kauf nimmt, dass es zu einer arbeitsbedingten Arbeitsunfähigkeit bzw. Leistungsminderung des schwerbehinderten Arbeitnehmers kommt, ist eine Kündigung des Arbeitnehmers nach § 138 BGB als sittenwidrig anzusehen und damit unwirksam. In allen anderen Fällen, in denen der Arbeitgeber den Eintritt der Arbeitsunfähigkeit bzw. Leistungsminderung nicht abgesehen hat, ist der Vorwurf der Sittenwidrigkeit einer späteren Kündigung nicht gerechtfertigt. Auch ein fahrlässiger Verstoß gegen die Bestimmungen aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX, der die Arbeitsunfähigkeit oder eine Leistungsminderung eines Arbeitnehmers nach sich zieht, führt damit nicht zu einem Ausschluss des Kündigungsrechts nach § 138 BGB.

d. Unwirksamkeit der arbeitgeberseitigen Kündigung bei fahrlässiger Missachtung der Vorgaben aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX

Nach alledem bleibt unbeantwortet, wie sich die Nichtbeachtung der Vorgaben aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX auf Kündigungen auswirkt, die nicht als sittenwidrig eingestuft werden können, weil der Arbeitgeber nur die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen, also nur fahrlässig gehandelt hat. Noch dringlicher stellt sich diese Frage, wenn dem Arbeitgeber der § 81 SGB IX widersprechende Zustand der Arbeitsbedingungen gar nicht bewusst war und er erstmals nach Eintritt der kündigungsrelevanten Schwierigkeiten eines schwerbehinderten Arbeitnehmers von den unzureichenden Verhältnissen in seinem Betrieb Kenntnis erlangt.

Da in derartigen Fällen die Ursachen der kündigungsrelevanten Schwierigkeiten gleichwohl in den Verantwortungsbereich des Arbeitgebers fallen, können diese Fälle kündigungsrechtlich nicht unberücksichtigt bleiben. Im folgenden Abschnitt soll daher herausgearbeitet werden, wie sich diese, im Übrigen in der betrieblichen Praxis wohl häufiger anzutreffenden Fälle, in das geltende Kündigungsschutzrechtssystem einbeziehen lassen. Zu untersuchen ist, inwieweit hier die schwerbehindertenrechtlichen Bestimmungen des § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX zu Einschränkungen des Kündigungsrechts des Arbeitgebers führen können.

Um den Zusammenhang zwischen § 81 SGB IX und Kündigungsschutzrecht herstellen zu können, muss ein dogmatischer Anknüpfungs-

punkt im geltenden Kündigungsschutzrecht gefunden werden. Denn befürwortet man eine Verschärfung der Anforderungen an die Zulässigkeit einer Kündigung, wenn die kündigungsrelevanten Schwierigkeiten auf die Missachtung der Vorgaben aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX zurückzuführen sind, hat dies eine Einschränkung der verfassungsrechtlich gewährleisteten Gestaltungsfreiheit des Arbeitgebers bei der Beendigung von Arbeitsverhältnissen zur Folge.⁵⁴⁹ Eine solche Einschränkung lässt sich aber nicht ohne weiteres, beispielsweise aus reinen Fürsorgegesichtspunkten zugunsten arbeitsbedingt leistungsgewandelter schwerbehinderter Arbeitnehmer rechtfertigen. Vielmehr bedarf es einer gesetzlichen Grundlage, die den Schluss erlaubt, dass bei Missachtung der Pflichten aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX in bestimmten Fällen auch das Kündigungsrecht des Arbeitgebers eingeschränkt sein kann.⁵⁵⁰

aa. Die arbeitsbedingte Kündigung als Fall der betriebsbedingten Kündigung

Als dogmatischer Anknüpfungspunkt für die Einschränkung des arbeitgeberseitigen Kündigungsrechts käme möglicherweise § 1 Abs. 2, Abs. 3 KSchG bzw. die auf dieser Grundlage von der Rechtsprechung zur betriebsbedingten Kündigung entwickelten Grundsätze in Betracht. In der Literatur wird vereinzelt vertreten, dass es sich bei der Kündigung wegen krankheitsbedingter Fehlzeiten oder Leistungsminderungen, die auf betriebliche Ursachen zurückzuführen sind, nicht, wie von der

⁵⁴⁹ Diese Gestaltungsfreiheit des Arbeitgebers bei der Beendigung von Arbeitsverhältnissen ergibt sich nach überwiegender Ansicht aus der Berufsfreiheit des Arbeitgebers aus Art. 12 GG, vgl. BAG, Urteil vom 14. 9. 1994, NZA 1995, S. 269, (271); Erfurter Kommentar/*Dieterich*, Art. 12 GG, Rn. 14 ff.; *Papier*, RdA 1989, S. 137, (139 ff.); *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts, S. 59 ff.; zum Teil wird die unternehmerische Freiheit, ein Arbeitsverhältnis jederzeit durch Kündigung zu beenden, auch als Ausfluss der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG angesehen, so BAG, Urteil vom 14. 9. 1994, NZA 1995, S. 269, (271), das die Kündigungsfreiheit kumulativ aus Art. 2 Abs. 1 GG, Art. 14 GG und Art. 12 GG herleitet; KR/*Griebeling*, § 1 KSchG, Rn. 17, der neben Art. 2 Abs. 1 GG die Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers auch auf Art. 12 GG sowie auf Art. 14 GG gestützt sehen will, soweit es darum geht, dass der Arbeitgeber mit der Kündigung zugleich über das Betreten seiner Betriebsstätte und der Verwendung seiner Betriebsmittel zu entscheiden hat; *Oetker*, RdA 1997, S. 9, (10 ff.).

⁵⁵⁰ Dies ergibt sich aus dem in Art. 12 GG enthaltenen Gesetzesvorbehalt, nach dem jede Einschränkung der verfassungsrechtlich geschützten Berufsfreiheit der Grundlage eines formellen Gesetzes bedarf, vgl. hierzu Erfurter Kommentar/*Dieterich*, Art. 12 GG, Rn. 23 ff.

Rechtsprechung und herrschenden Meinung im Schrifttum vertreten, um eine personenbedingte, sondern um eine betriebsbedingte Kündigung handelt.⁵⁵¹

Wie in den anerkannten Fällen der betriebsbedingten Kündigung läge auch bei der Kündigung wegen betrieblich verursachter Krankheit der Kündigungsgrund nicht in der Sphäre des Arbeitnehmers, sondern in der des Arbeitgebers. Nicht die Krankheit des Arbeitnehmers sei Anlass bzw. Bedingung der Kündigung, sondern das Hervorrufen der Krankheit durch arbeitsbedingte Umstände.⁵⁵² Entsprechend sei die beabsichtigte Kündigung an § 1 Abs. 3 KSchG zu messen und bei der Frage der Weiterbeschäftigung des erkrankten Arbeitnehmers eine ausreichende soziale Auswahl zu verlangen. Eine Kündigung sei daher unter Berücksichtigung des § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG letztendlich nur dann möglich, wenn betriebstechnische, wirtschaftliche oder sonstige berechnete betriebliche Bedürfnisse die Weiterbeschäftigung vergleichbarer Arbeitnehmer erforderlich machten, auf deren Arbeitsplätzen nach sozialen Gesichtspunkten ansonsten eine Weiterbeschäftigung des betriebsbedingt erkrankten Arbeitnehmers in Betracht gekommen wäre.⁵⁵³

Diese Argumentation kann auch auf den Fall der Kündigung wegen behinderungsbedingter Leistungseinschränkungen bzw. Fehlzeiten übertragen werden.

Im Ergebnis kann dieser Ansatz jedoch nicht zu überzeugen. Zutreffend ist zwar, dass sich die im Kündigungsschutzgesetz anerkannten Kündigungsgründe danach einteilen lassen, aus welcher Sphäre der Anlass für die Kündigung stammt. Während die verhaltens- und personenbedingte Kündigung auf Umständen beruht, die der Arbeitnehmersphäre zuzuordnen sind, sind betriebsbedingte Kündigungsgründe der Risikosphäre des

⁵⁵¹ Pflüger, DB 1995, S. 1761, (1765).

⁵⁵² Pflüger, a.a.O. (Fn. 551).

⁵⁵³ Pflüger, a.a.O. (Fn. 551); allerdings ist nach Ansicht Pflügers auch für die Frage einer solchen Ausklammerung bestimmter Arbeitnehmer eine Bevorzugung des betrieblich erkrankten Arbeitnehmers zugrunde zu legen; der Arbeitgeber könne daher nicht schon dann eine soziale Auswahl verweigern, wenn die Weiterbeschäftigung sozial schwächerer Arbeitnehmer *nur* zur Aufrechterhaltung eines ordnungsgemäßen Betriebsablaufs oder zur Erhaltung der Leistungsfähigkeit des Betriebes notwendig sei; erst bei einer Zwangslage des Arbeitgebers sei eine Ausklammerung bestimmter vergleichbarer Arbeitnehmer aus der sozialen Auswahl möglich, vgl. Pflüger, a.a.O., (Fn. 551).

Arbeitgebers zuzurechnen.⁵⁵⁴ Für die Zuordnung eines Kündigungsgrundes zur Arbeitgeber- bzw. Arbeitnehmersphäre und damit einhergehend für die Abgrenzung einer personen- bzw. verhaltensbedingten Kündigung von einer betriebsbedingten Kündigung kommt es aber stets auf den konkreten Anlass an, der den Arbeitgeber zu seinem Kündigungsentschluss veranlasst, nicht aber auf die ferneren Ursachen, die diesen Anlass möglicherweise bedingt haben.⁵⁵⁵

Dies wird verkannt, wenn in der Literatur – namentlich von *Pflüger* – die betrieblichen Umstände als Ursache der Erkrankung bzw. Behinderung für die Annahme einer betriebsbedingten Kündigung herangezogen werden.⁵⁵⁶ Der konkrete Anlass bei einer krankheits- bzw. behinderungsbedingten Kündigung ist aber eben ein in der Sphäre des Arbeitnehmers angelegter Umstand, nämlich die krankheits- bzw. behinderungsbedingten Fehlzeiten oder Leistungsminderungen. Dass diese auf fehlerhafte Arbeitsbedingungen zurückzuführen sind, ist unerheblich.⁵⁵⁷ Die Kündigung wegen behinderungsbedingter Fehlzeiten oder Leistungsminderungen ist danach zu Recht als personenbedingte und nicht als betriebsbedingte Kündigung anzusehen.

Würde man mit der Ansicht *Pflügers* auch fernere Ursachen des konkreten Kündigungsanlasses in die Abgrenzung der Kündigungsgründe mit einbeziehen, hätte dies eine erhebliche Rechtsunsicherheit für den Arbeitgeber zur Folge. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Fehlzeiten des Arbeitnehmers bzw. sein Leistungsabfall nicht eindeutig einem betrieblichen Umstand, wie etwa einem Arbeitsunfall, zuzuordnen sind.⁵⁵⁸ Dem Arbeitgeber kann aber nicht zugemutet werden, vor Ausspruch einer Kündigung den Ursachen der Fehlzeiten bzw. des Leistungsabfalls nachzugehen, um zu beurteilen, ob er beim Ausspruch der Kündigung die

⁵⁵⁴ So auch *Lepke*, Kündigung bei Krankheit, S. 177, 178, Rn. 117.

⁵⁵⁵ Das BAG stellt insoweit mit Bezug auf § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG auf die unmittelbare Störquelle ab, nicht auf die der Störung evtl. zugrunde liegenden ferneren Ursachen, vgl. BAG, Urteil vom 29. 1. 1997, SAE 1998, S. 15, (17); wie hier auch *Lepke*, der von Primärursache spricht, vgl. *Lepke*, a.a.O. (Fn. 554), S. 178, Rn. 117.

⁵⁵⁶ *Pflüger*, DB 1995, S. 1761, (1765).

⁵⁵⁷ So auch das BAG, Urteil vom 29. 1. 1997, SAE 1998, S. 15, (17).

⁵⁵⁸ Mit Ausnahme von Behinderungen, die auf konkrete Betriebsunfälle zurückzuführen sind, stellt sich an sich bei jeder arbeitsbedingten Behinderung dieses Zurechnungsproblem; denn das Entstehen von Krankheiten und Behinderungen kann auf multikausale Faktoren zurückgeführt werden, eine Kausalität zwischen betrieblicher Ursache und Erkrankung bzw. Behinderung ist oft nur schwer feststellbar, vgl. *Heilmann/Hage*, FS Däubler, S. 666, (666 ff.).

Grundsätze einer sozialen Auswahl berücksichtigen muss. Dies gilt insbesondere deswegen, weil der Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber im Vorfeld eines Kündigungsschutzprozesses nicht zur Auskunft über die Art und die Ursachen seiner Arbeitsunfähigkeit verpflichtet ist. Als Grund für die Arbeitsunfähigkeit braucht nur angegeben zu werden, dass sie krankheitsbedingt ist. Mehr Auskünfte muss der Arbeitnehmer nicht erteilen, selbst dann nicht, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer ausdrücklich aufgefordert haben sollte, ihm den Grund seiner Erkrankung mitzuteilen.⁵⁵⁹

Gegen die Einordnung *Pflügers* spricht ferner die Erwägung, dass bei der betriebsbedingten Kündigung nach allgemein anerkannten Grundsätzen stets ein außer- oder innerbetrieblicher Umstand zum Wegfall von Beschäftigungsmöglichkeiten und damit zum Wegfall von Arbeitsplätzen führt. Die Arbeitnehmer, die hiervon betroffen sind, trifft an dem Verlust ihres Arbeitsplatzes keine Verantwortung. Ihnen werden weder ein Fehlverhalten noch sonstige persönliche Gründe zur Last gelegt. Dass sie ihren Arbeitsplatz verlieren, liegt allein an ihrer geringeren sozialen Schutzbedürftigkeit im Vergleich zu anderen Arbeitnehmern. Anders ist dies bei der Kündigung wegen betrieblich verursachter Behinderung. Hier ist der Verlust des Arbeitsplatzes sehr wohl auf Umstände zurückzuführen, die in der Person des Arbeitnehmers liegen und die eine Störung des Arbeitsverhältnisses zur Folge haben. Demzufolge steht bei der Kündigung wegen Krankheit bzw. Behinderung zum Zeitpunkt des Kündigungsentschlusses des Arbeitgebers auch fest, wer seinen Arbeitsplatz verlieren wird.⁵⁶⁰ Bei der betriebsbedingten Kündigung ist dagegen nach § 1 Abs. 3 KSchG noch eine Auswahl zu treffen, welche Arbeitnehmer vom Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeiten betroffen sein werden.

Insgesamt verbietet es sich daher, wie *Pflüger* meint, die Kündigung wegen betrieblich verursachter Krankheit oder Behinderung als betriebsbedingt einzustufen. Eine Anwendung des § 1 Abs. 3 KSchG kommt daher für die

⁵⁵⁹ BAG, Urteil vom 25. 11. 1982, BB 1983, S. 899, (899); Erfurter Kommentar/*Oetker*, § 1 KSchG, Rn. 121; *Lepke*, Kündigung bei Krankheit, S. 194, Rn. 132 ff. und Seite 497, Rn. 458; *Preis/Greiner*, SAE 2004, S. 7, (13 ff.); eine Auskunftspflicht über Art und Ursache der Erkrankung besteht aus Gefahrschutzgesichtspunkten nur bei einer ansteckenden Krankheit des Arbeitnehmers bzw. bei Krankheiten, die auf andere Weise die Arbeitssicherheit gefährden können, und aus Gründen des Anspruchsübergangs zugunsten des Arbeitgebers, wenn ein Verhalten dritter Personen die Krankheit verursacht hat, vgl. *Preis/Greiner*, SAE 2004, S. 7, (16 ff.).

⁵⁶⁰ So auch das BAG, Urteil vom 27. 1. 1997, SAE 1998, S. 15, (17).

Frage, ob die Kündigung eines schwerbehinderten Arbeitnehmers wegen arbeitsbedingt verursachter Fehlzeiten oder Leistungsminderungen unwirksam ist, nicht in Betracht. § 1 Abs. 3 KSchG ist damit kein tauglicher Anknüpfungspunkt für die Einschränkung des arbeitgeberseitigen Kündigungsrechts bei fahrlässiger Missachtung der Vorgaben aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX.

bb. Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit als Anknüpfungspunkt für den Einfluss des § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX auf das Kündigungsrecht des Arbeitgebers

Den gesuchten Anknüpfungspunkt für den einschränkenden Einfluss der Pflichten aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX auf das Kündigungsrecht des Arbeitgebers bietet das allgemeine Verhältnismäßigkeitsprinzip, das – ausgehend von einer Entscheidung des BAG aus dem Jahre 1978⁵⁶¹ – im Kündigungsschutzrecht in Form des *ultima ratio*-Grundsatzes seine spezifische Ausprägung gefunden hat. Nach einhelliger Auffassung ist aufgrund des *ultima ratio*-Grundsatzes sowohl eine ordentliche als auch eine außerordentliche Beendigungskündigung des Arbeitgebers, unabhängig davon, ob sie auf betriebs-, personen- oder verhaltensbedingte Gründe gestützt wird, nur dann zulässig, wenn sie das unausweichlich letzte Mittel (*ultima ratio*) ist, um die durch die Kündigungsgründe aufgetretenen betrieblichen Beeinträchtigungen zu beseitigen. Der Arbeitgeber ist daher grundsätzlich vor Ausspruch jeder Kündigung gehalten, alle Maßnahmen zu ergreifen, die in gleicher Weise wie die Kündigung geeignet sind, die betrieblichen Beeinträchtigungen nachhaltig zu beseitigen, die aber in weniger einschneidender Weise die Interessen des Arbeitnehmers beeinträchtigen.

Kommt der Arbeitgeber dieser Obliegenheit nicht nach, führt dies regelmäßig zur Unwirksamkeit der vom Arbeitgeber ausgesprochenen Kündigung, da diese nicht als *ultima ratio* und damit als unverhältnismäßig anzusehen ist. Der *ultima ratio*-Grundsatz bewirkt danach also eine

⁵⁶¹ BAG, Urteil vom 30. 5. 1978, BAGE 30, S. 310, (313 ff.); in dieser Entscheidung ist die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips in der Ausprägung des *ultima ratio*-Grundsatzes erstmals für das Kündigungsschutzrecht ausdrücklich erwähnt worden; vor dieser Entscheidung fand das Verhältnismäßigkeitsprinzip im Arbeitsrecht lediglich im Zusammenhang mit der Rechtsprechung des BAG zum Arbeitskampfrecht sowie zur Kostentragungspflicht des Arbeitgebers bezüglich der Betriebsratsstätigkeit Erwähnung, vgl. eingehend hierzu *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts, S. 254 ff.

Einschränkung des arbeitgeberseitigen Kündigungsrechts, indem er Kündigungen nur für die Fälle zulässt, in denen die Kündigung die unausweichlich letzte Möglichkeit ist, um den eingetretenen Beeinträchtigungen im Arbeitsverhältnis habhaft zu werden.

Dies gilt jedenfalls für außerordentliche Kündigungen sowie für ordentliche Kündigungen, die dem Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes unterfallen, die also nach Ablauf der sechs-monatigen Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG in einem Betrieb ausgesprochen werden, der mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigt (§ 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG).⁵⁶²

Im Bereich der außerordentlichen Kündigung ist das Verhältnismäßigkeitsprinzip in Form des *ultima ratio*-Grundsatzes zwar nicht spezifisch gesetzlich konkretisiert. Aus dem Wortlaut des § 626 Abs. 1 BGB, lässt sich aber schließen, dass eine außerordentliche Kündigung nur dann zulässig ist, wenn diese *ultima ratio* ist und keine mildereren Mittel zur Verfügung stehen. Denn nach § 626 Abs. 1 BGB kann der Arbeitgeber nur dann wirksam außerordentlich kündigen, wenn ihm eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist, mit anderen Worten also eine ordentliche Kündigung als mildereres Mittel, nicht zumutbar ist. Hieraus ist zu folgern, dass erst Recht bei anderen mildereren Mitteln als der ordentlichen Kündigung dem Arbeitgeber aufgrund des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes das Recht zur außerordentlichen Kündigung verwehrt ist.⁵⁶³

⁵⁶² Für ordentliche Kündigungen, die nicht dem Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes unterfallen, ist die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes umstritten; die h. M. lehnt eine Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und die dadurch bedingte Einschränkung des Kündigungsrechts ab, vgl. BAG, Urteil vom 21. 2. 2001, EzA § 242 BGB 2002 Kündigung Nr. 2, S. 1, (6 ff., 8); BAG, Urteil vom 22. 5. 2003, AP Nr. 18 zu § 1 KSchG 1969, Wartezeit Nr. 18, Bl. 26, (31); BAG, Urteil vom 28. 6. 2007, NZA 2007, S. 1049, (1052, 1053); BAG, Urteil vom 24.1.2008, NZA-RR 2008, S. 405, (405 ff.); Ascheid/Preis/Schmidt/Preis, KSchR, Grundlagen J, Rn. 57; Preis, Prinzipien des Kündigungsrechts, S. 398, 399; Stahlhacke/Preis/Vossen/Preis, 1. Abschnitt, § 13, Rn. 317; v. Hoyningen-Huene/Linck, KSchG, § 1, Rn. 204; a.A. Oetker, AuR 1997, S. 41, (52), der zumindest eine evident unverhältnismäßige Kündigung nach § 242 BGB für unzulässig halten will, womit er sich auf Kündigungen bezieht, die offensichtlich willkürlich oder aus nichtigen Gründen unter Missachtung der Machtstellung des Arbeitgebers im Betrieb ausgesprochen werden.

⁵⁶³ Die Anwendung des *ultima ratio*-Grundsatzes bei der außerordentlichen Kündigung entspricht heute der herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur, vgl. hierzu grundlegend BAG, Urteil vom 30. 5. 1978, BAGE 30, S. 310, (313 ff.); BAG, Urteil vom 22. 2. 1980, NJW 1981, S. 298, (298, 300 ff.);

Im Bereich der ordentlichen Kündigung, die nach den Maßstäben des Kündigungsschutzgesetzes zu messen ist, ergibt sich der Grundsatz, dass eine Kündigung das letztmögliche Mittel sein muss, unmittelbar aus dem Gesetz. § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG verlangt ganz allgemein, dass die Kündigung durch personen- oder verhaltensbedingte Gründe bzw. durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt sein muss, was nichts anderes heißt, als dass die genannten Kündigungsgründe die Kündigung erfordern müssen. Kündigungsgründe erfordern eine Kündigung aber nur, wenn es keine mildereren Mittel gibt, mit denen das Kündigungsinteresse des Arbeitgebers auf gleich geeignete Weise befriedigt werden kann.⁵⁶⁴

Entsprechend dieser Grundsätze obliegt es dem Arbeitgeber nach den spezifischen Konkretisierungen des § 1 Abs. 2 Satz 3 und Satz 4 KSchG, vor Ausspruch jeder betriebs-, personen- oder verhaltensbedingten Kündigung bestehende Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten bzw. zumutbare Umschulungs- oder Fortbildungsmaßnahmen zugunsten des Arbeitnehmers zu nutzen, wenn hierdurch die Kündigung vermieden werden kann.

Zu bemerken ist, dass es sich bei den in § 1 Abs. 2 Satz 3 und Satz 4 KSchG genannten Möglichkeiten der Weiterbeschäftigung und der Umschulung bzw. Fortbildung nicht um eine abschließende Aufzählung der vor Ausspruch einer Kündigung zu nutzenden mildereren Mittel handelt; vielmehr hat der Arbeitgeber nach § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG auch alle anderen, nicht explizit genannten Möglichkeiten zu nutzen, die den mit der Kündigung verfolgten Zweck auf gleich geeignete Weise erreichen und eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bewirken können.⁵⁶⁵

Ascheid/Preis/Schmidt/Dörner, KSchR, § 626 BGB, Rn. 67 und Rn. 88; KR/Fischermeier, § 626 BGB, Rn. 251 ff.; Preis, Prinzipien des Kündigungsrechts, S. 309 ff.; Stahlhacke/Preis/Vossen/Preis, 1. Abschnitt, § 22, Rn. 613 ff.; v. Hoyningen-Huene/Linck, KSchG, § 1 KSchG, Rn. 206.

⁵⁶⁴ Hierdurch wird ersichtlich der Grundsatz der Erforderlichkeit der Kündigung als Teilgrundsatz des dreigliedrigen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im weiteren Sinne zum Ausdruck gebracht, der sich in die Merkmale der Geeignetheit, Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne gliedert, vgl. Preis, Prinzipien des Kündigungsrechts, S. 263, 265 ff.

⁵⁶⁵ Insoweit enthält die Regelung des § 1 Abs. 2 Satz 3 und Satz 4 KSchG eine spezifische und explizite Konkretisierung des allgemeinen ultima ratio-Grundsatzes aus § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG, die nach der Rechtsprechung des BAG und der Literatur entgegen dem ausdrücklichen Wortlaut der Norm auch dann zur Anwendung gelangt, wenn der Betriebsrat nicht unter Nutzung seines Widerspruchsrechts auf Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten oder die Möglichkeit der Umschulung bzw.

Übertragen auf die personenbedingte Kündigung wegen behinderungsbedingter Leistungsminderungen oder Fehlzeiten hat der ultima ratio-Grundsatz des Kündigungsrechts mithin folgende Konsequenz: Eine Kündigung des Arbeitgebers, gleich ob ordentlich⁵⁶⁶ oder außerordentlich, ist nur dann gerechtfertigt, wenn den betrieblichen Beeinträchtigungen, die durch die Fehlzeiten oder Leistungsminderungen des behinderten Arbeitnehmers aufgetreten sind, nicht auf andere Art und Weise Abhilfe verschafft werden kann. Andernfalls ist die Kündigung nicht durch die aufgetretenen Fehlzeiten oder Leistungsminderungen bedingt und damit weder nach den Maßstäben des Kündigungsschutzgesetzes noch nach denen des § 626 BGB als wirksam anzusehen.

Das im Kündigungsschutzrecht geltende, allgemeine Verhältnismäßigkeitsprinzip in Form des ultima ratio-Grundsatzes ist damit tauglicher Anknüpfungspunkt für den einschränkende Einfluss der Pflichten aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX auf das arbeitgeberseitige Kündigungsrecht.

cc. Einfluss der Pflichten aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX

Was vom Arbeitgeber im Falle der Beschäftigung schwerbehinderter Arbeitnehmer unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes erwartet werden kann, um den Ausspruch einer Kündigung zu vermeiden, lässt sich in Verbindung mit dem ultima ratio-Grundsatz unmittelbar aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX entnehmen. Kommt es zu kündigungsrelevanten Schwierigkeiten im Arbeitsverhältnis des schwerbehinderten Arbeitnehmers, hat der Arbeitgeber nach der gesetzgeberischen Konzeption des § 81 SGB IX und unter Zugrundelegung des für Kündigungen geltenden ultima ratio-Grundsatzes alle Möglichkeiten, die § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX bietet, zu nutzen, um den Ausspruch einer Kündigung möglichst zu vermeiden und eine Weiterbeschäftigung des schwerbehinderten Arbeitnehmers zu erreichen.

Damit wirken die im zweiten Teil der Bearbeitung bereits dargestellten primärpräventiven Pflichten zur fähigkeits- und behindertengerechten

Fortbildung verwiesen hat bzw. wenn kein Betriebsrat existiert, vgl. BAG, Urteil vom 13. 9. 1973, BAGE 25, S. 278, (278, 279, 281 ff.); BAG, Urteil vom 17. 5. 1984, DB 1985, S. 1190, (1190 ff.); *Birk*, FS Kissel, S. 51, (55); *Gaul*, BB 1995, S. 2422, (2422); *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts, S. 295.

⁵⁶⁶ Dies gilt jedenfalls für ordentliche Kündigungen, die dem Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes unterfallen.

Beschäftigung auch sekundärpräventiv und haben in Zusammenhang mit dem ultima ratio-Grundsatz eine das Kündigungsrecht des Arbeitgebers einschränkende Wirkung.

Vor Ausspruch der Kündigung muss der Arbeitgeber sich danach grundsätzlich um eine Weiterbeschäftigung auf dem bisherigen sowie auf einem anderen freien Arbeitsplatz bemühen und dabei alle Möglichkeiten einer Umgestaltung des Arbeitsplatzes, einer Umorganisation der Arbeitsaufgaben sowie einer Umgestaltung oder Reduzierung der Arbeitszeit in Betracht ziehen.⁵⁶⁷

Die organisatorische Umgestaltung kann zum Beispiel durch Umverteilung der Arbeiten erfolgen, so dass der schwerbehinderte Arbeitnehmer nur noch mit Aufgaben betraut wird, die seiner Leistungsfähigkeit entsprechen, während Arbeiten, die ihn überfordern und zu den kündigungsrelevanten Schwierigkeiten geführt haben, nur noch von nicht behinderten Arbeitskollegen übernommen werden.⁵⁶⁸ In Bezug auf die Umgestaltung der Arbeitszeit ist die Möglichkeit einer Teilzeitbeschäftigung nach § 81 Abs. 5 SGB IX oder nach § 8 TzBfG zu prüfen und gegebenenfalls durch eine entsprechende Vertragsänderung umzusetzen. Ferner ist zu erwägen, den schwerbehinderten Arbeitnehmer aus besonders belastenden Arbeitsschichten wie Nacht- und Wochenendarbeit herauszunehmen.⁵⁶⁹

Zur Weiterbeschäftigung auf einem anderen, freien Arbeitsplatz ist der Arbeitgeber, soweit ein solcher nicht unmittelbar zur Verfügung steht, nach allgemeiner Auffassung in Rechtsprechung und Literatur u. U. auch gehalten, durch Umorganisation der Arbeitsaufgaben oder durch Versetzung

⁵⁶⁷ Zu den einzelnen Pflichten, die sich aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX ergeben vgl. schon die Ausführungen unter: Zweiter Teil, B., I.

⁵⁶⁸ BAG, Urteil vom 14. 7. 1983, 2 AZR 34/82, veröffentlicht bei Juris; BAG, Urteil vom 23. 1. 2001, BAGE 97, S. 23, (29); BAG, Urteil vom 4. 10. 2005, BAGE 116, S. 121, (127 ff.); BAG, Urteil vom 14. 3. 2006, EzA § 81 SGB IX Nr. 11, S. 1, (5); in dem Sinne auch LAG Köln, Urteil vom 19. 12. 1995, NZA-RR 1996, S. 250, (250 ff.); LAG Hamm, Urteil vom 14. 1. 1999, LAGE § 14 SchwBG 1986 Nr. 2; *Müller-Wenner/Schorn*, SGB IX, Teil 2, § 81, Rn. 71.

⁵⁶⁹ Zu den Fällen, in denen die Einrichtung eines Teilzeitarbeitsplatzes zugunsten des schwerbehinderten Arbeitnehmers unzumutbar ist, vgl. die Darstellung bei *Müller-Wenner/Schorn*, SGB IX, Teil 2, § 81, Rn. 81 ff.; umzusetzen ist die Weiterbeschäftigung zu veränderten Arbeitsbedingungen durch Ausübung des Direktionsrechts oder, soweit die Änderungen nicht vom Arbeitsvertrag des kündigungsbedrohten Arbeitnehmers gedeckt sind, durch eine entsprechende Vertragsänderung, vgl. BAG, Urteil vom 4. 10. 2005, BAGE 116, S. 121, (127 ff.); BAG, Urteil vom 14. 3. 2006, EzA § 81 SGB IX Nr. 11, S. 1, (5 ff.).

eines oder mehrerer anderer Arbeitnehmer einen *leidensgerechten* Arbeitsplatz für den schwerbehinderten Arbeitnehmer frei zu machen.

dd. Grenzen der Pflichten aus § 81 Abs. 4 und Abs. 5 SGB IX

Die Grenze dessen, was zur Vermeidung einer Kündigung vom Arbeitgeber zu veranlassen ist, ergibt sich aus § 81 Abs. 4 Satz 3 SGB IX. Danach bestehen die genannten Pflichten des Arbeitgebers zur Vermeidung der Kündigung nicht, soweit die geforderten Maßnahmen für den Arbeitgeber unzumutbar oder mit unverhältnismäßigen Aufwendungen verbunden wären.

Die Zumutbarkeit der vom Arbeitgeber zu ergreifenden Mittel bestimmt sich anhand einer umfassenden Abwägung der gegenteiligen Interessen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Im Rahmen dieser muss neben der Berücksichtigung der betrieblichen Verhältnisse auch die Tatsache Berücksichtigung finden, dass die kündigungsrelevanten Schwierigkeiten eine betriebliche Ursache haben und auf die Nichtbeachtung der Vorgaben aus § 81 Abs. 4 und Abs. 5 SGB IX zurückzuführen sind. Dies kann im Einzelfall zu einer Verschiebung der Zumutbarkeitsgrenze zu Lasten des Arbeitgebers führen und das Kündigungsrecht erheblich einschränken. Die Zumutbarkeitsgrenze ist allerdings überschritten, soweit die zur Vermeidung der Kündigung geeigneten Maßnahmen rechtlich oder tatsächlich unmöglich sind.

(1) Rechtliche Unmöglichkeit wegen entgegenstehender Beteiligungsrechte des Betriebsrates

Eine rechtliche Unmöglichkeit der Weiterbeschäftigung ergibt sich für den Arbeitgeber dann, wenn der geplanten Maßnahme Beteiligungsrechte des Betriebsrates entgegenstehen.

So ist eine Versetzung anderer Arbeitnehmer im Interesse der Weiterbeschäftigung des kündigungsbedrohten Schwerbehinderten als im Verhältnis zur Kündigung milderes Mittel ausgeschlossen, wenn der im Betrieb ansässige Betriebsrat seine nach § 99 BetrVG notwendige Zustimmung zu der Versetzung verweigert. Zwar ist der Arbeitgeber wegen seiner gesteigerten Fürsorgepflicht gegenüber schwerbehinderten Arbeitnehmern zu weitergehenden Anstrengungen verpflichtet, um die

Zustimmung des Betriebsrates zu erwirken.⁵⁷⁰ Dies kann bei offensichtlich haltloser Verweigerung der Zustimmung, wenn diese offensichtlich nicht an die objektiv sachlichen Gründe des § 99 Abs. 2 BetrVG gebunden war, sogar zur Anstrengung eines gerichtlichen Zustimmungsersetzungsverfahrens nach § 99 Abs. 4 BetrVG verpflichten.⁵⁷¹

Lehnt der Betriebsrat die Versetzung des bisherigen Arbeitsplatzinhabers zugunsten des schwerbehinderten Arbeitnehmers jedoch aus sachlich gerechtfertigten Gründen ab, besteht keine betriebliche Möglichkeit, den schwerbehinderten Arbeitnehmer weiterzubeschäftigen. In diesem Fall kann der Schwerbehinderte auf der Grundlage des § 81 Abs. 4 SGB IX nicht verlangen, auf dem in Aussicht genommenen Arbeitsplatz infolge einer Versetzung anderer Arbeitnehmer auch gegen den Willen des Betriebsrates weiterbeschäftigt zu werden.⁵⁷²

Die der Kündigung vorzuziehende Pflicht zur Weiterbeschäftigung des Schwerbehinderten auf einem anderen Arbeitsplatz nach § 81 Abs. 4 SGB IX besteht damit nur, soweit sich eine in diesem Zusammenhang notwendige Versetzung unter Wahrung der Beteiligungsrechte des Betriebsrates realisieren lässt.

(2) Rechtliche Unmöglichkeit wegen entgegenstehender Vertragsrechte oder Rechtspositionen anderer Arbeitnehmer

Nach dem Maßstab der rechtlichen Unmöglichkeit müssen als mildere Mittel im Verhältnis zu einer Kündigung darüber hinaus Maßnahmen

⁵⁷⁰ BAG, Urteil vom 22. 9. 2005, EzA § 81 SGB IX Nr. 10, S. 1, (9 ff.): Der Arbeitgeber müsse sich um die Zustimmung nach Kräften bemühen, den geltend gemachten Ablehnungsgründen nachgehen, ggf. ihre Konkretisierung verlangen und versuchen, den Betriebsrat von seiner verweigernden Haltung abzubringen.

⁵⁷¹ BAG, Urteil vom 28. 4. 1998, NZA 1999, S. 152, (153), mit Bezug auf einen infolge Arbeitsunfalls schwerbehinderten Arbeitnehmer; BAG, Urteil vom 3. 12. 2002, BAGE 104, S. 45, (45, 51 ff.); differenzierend BAG, Urteil vom 22. 9. 2005, BAGE 116, S. 7, (7, 14 ff.); ähnlich LAG Hamm, Urteil vom 17. 5. 2001, 8 (6) Sa 30/01, veröffentlicht bei Juris; kritisch in Bezug auf die Differenzierung der Rechtsprechung *Gamillscheg*, die in Bezug auf schwerbehinderte Beschäftigte schon ein Widerspruchsrecht des Betriebsrates nach § 99 Abs. 2 BetrVG mit Hinweis auf § 75 Abs. 1 BetrVG bezweifelt, wenn der Arbeitnehmer einen Anspruch auf den kraft des Direktionsrechts freizumachenden Arbeitsplatz hat, vgl. *Gamillscheg*, SAE 1998, S. 15, (20 ff.).

⁵⁷² a.A. *Gamillscheg*, die dem Betriebsrat das Zustimmungsverweigerungsrecht nach § 99 Abs. 2 BetrVG versagt, wenn es darum geht, im Wege der Versetzung einen leidensgerechten Arbeitsplatz zugunsten eines schwerbehinderten Arbeitnehmers frei zu machen, vgl. *Gamillscheg*, a.a.O. (Fn. 571).

ausscheiden, durch die in unzulässiger Weise in Vertragsrechte oder Rechtspositionen anderer Arbeitnehmer eingegriffen wird.⁵⁷³ Hiernach ist die Versetzung eines oder mehrerer Arbeitnehmer mit dem Ziel der Freimachung eines Arbeitsplatzes zugunsten der Weiterbeschäftigung des kündigungsbedrohten Schwerbehinderten nur dann in Betracht zu ziehen, soweit diese Versetzung des oder der anderen Arbeitnehmer im Rahmen des arbeitgeberseitigen Direktionsrechts liegt und der Arbeitsplatztausch für den oder die von der Versetzung betroffenen, nicht behinderten Arbeitnehmer nicht mit unzumutbaren Nachteilen verbunden ist.⁵⁷⁴ Gleiches muss für den Fall der Umorganisation von Arbeitsaufgaben gelten. Auch eine solche ist dem Arbeitgeber nur zumutbar und daher als mildere Maßnahme der Kündigung vorzuziehen, wenn die Umorganisation von dem Direktionsrecht des Arbeitgebers umfasst ist und damit nicht in unzulässiger Weise in die Vertragsrechte anderer Arbeitnehmer eingegriffen wird.⁵⁷⁵

Ferner ist unter dem Gesichtspunkt der rechtlichen Unmöglichkeit die *Freikündigung* eines anderweitig besetzten Arbeitsplatzes zugunsten der Weiterbeschäftigung des schwerbehinderten Arbeitnehmers ausgeschlossen, selbst wenn der schwerbehinderte Arbeitnehmer nach den Maßstäben des § 1 Abs. 3 KSchG als sozial schutzwürdiger anzusehen wäre als der von der *Freikündigung* betroffene Arbeitnehmer.

Eine solche *Austauschkündigung* greift, wie die Rechtsprechung und die herrschende Literatur zutreffend bemerken, unzulässigerweise in die

⁵⁷³ Preis, Prinzipien des Kündigungsrechts, S. 318.

⁵⁷⁴ BAG, Urteil vom 29. 1. 1997, NZA 1997, S. 709, (709, 710 ff.); LAG Hamm, Urteil vom 17. 5. 2001, 8 (6) Sa 30/01, veröffentlicht bei Juris; ArbG Celle, Urteil vom 8. 4. 1997, AuR 1997, S. 289, (290); Müller-Wenner/Schorn, SGB IX, Teil 2, § 81, Rn. 63; kritisch Bernardi, der dem Arbeitgeber die Versetzung als milderes Mittel nicht stets abverlangen will, sondern nur dann, wenn sie dem Arbeitgeber auch zumutbar ist, was Bernardi verneint bei einem berechtigten Interesse des Arbeitgebers an der Weiterbeschäftigung des zu versetzenden Arbeitnehmers auf dem frei zu machenden Arbeitsplatz bzw. bei mehreren vorzunehmenden Umsetzungen, vgl. Bernardi, NZA 1999, S. 683, (684 ff.); das LAG Berlin-Brandenburg betont mit Bezug auf § 84 Abs. 2 SGB IX, dass immer dann, wenn ein Arbeitgeber eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit für die Re-Integration eines arbeitsunfähigen Arbeitnehmers kennt oder bei ordnungsgemäßer Durchführung des betrieblichen Eingliederungsmanagements kennen muss und diese Beschäftigungsmöglichkeit durch anderweitige Besetzung treuwidrig beseitigt, sich der Arbeitgeber die zwischenzeitlich besetzte Stelle als im Zeitpunkt der Kündigung „frei“ entgegenhalten lassen muss, vgl. LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 17. 8. 2009, 10 Sa 592/09, veröffentlicht bei Juris.

⁵⁷⁵ LAG Schleswig-Holstein, Urteil vom 23. 10. 2001, LAG Report 2002, S. 29, (29 ff.).

vertraglich begründete, schützenswerte Rechtsposition des anderen zu kündigenden Arbeitnehmers ein, ohne dass dieser Arbeitnehmer hierfür persönlich einen Grund gesetzt hat.⁵⁷⁶ Würde man eine derartige Kündigung als mildere Maßnahme im Verhältnis zur Beendigungskündigung anerkennen, hieße dies, das geltende Kündigungsschutzrecht, das individualrechtlich, zweiseitig und strikt vertragsbezogen konzipiert ist, zu pervertieren.⁵⁷⁷

Als Ausfluss der Vertragsbezogenheit bedarf zudem jede arbeitgeberseitige Kündigung eines die Beendigung des Vertragsverhältnisses rechtfertigenden Grundes. So müssen einer Kündigung nach dem Kündigungsschutzgesetz, damit sie sozial gerechtfertigt ist, Gründe in der Person, im Verhalten oder dringende betriebliche Erfordernisse zugrunde liegen.⁵⁷⁸ Auch § 626 BGB fordert für eine außerordentliche Kündigung das Vorliegen eines wichtigen Grundes. Selbst die zivilrechtlichen Generalklauseln, insbesondere § 242 BGB, verbieten außerhalb des Anwendungsbereichs des Kündigungsschutzgesetzes zumindest die willkürliche Kündigung, verlangen also, dass sich der Arbeitgeber auf einen sachbezogenen Grund für die Beendigung des Vertragsverhältnisses stützen kann.⁵⁷⁹

Bei der *Austauschkündigung*, die allein deshalb erfolgt, um einen aufgrund betrieblicher Umstände leistungsgewandelten Arbeitnehmer weiterbeschäftigen zu können, fehlt es an einem die *Austauschkündigung* rechtfertigenden Grund. Denn sowohl von § 626 BGB als auch von

⁵⁷⁶ BVerwG, Urteil vom 28. 2. 1968, BVerwGE 29, S. 140, (143); BAG, Urteil vom 29. 1. 1997, SAE 1997, S. 15, (17); *Gamillscheg*, SAE 1997, S. 17, (21); *Kiel*, Die anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit im Kündigungsschutz, S. 54; *Kittner/Däubler/Zwanziger/Kittner/Deinert*, KSchR, § 1 KSchG, Rn. 372; *Lepke*, Kündigung bei Krankheit, S. 289, Rn. 209; *Lingemann*, BB 1998, S. 1106, (1106, 1107); *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts, S. 318; *Stück*, MDR 2000, S. 376, (377); *Wank*, RdA 1987, S. 129, (143); a.A. noch BAG, Urteil vom 4. 5. 1962, BAGE 13, S. 109, (114); BAG, Urteil vom 8. 2. 1966, BAGE 18, S. 124, (124, 128 ff.).

⁵⁷⁷ So wörtlich *Wank*, a.a.O. (Fn. 576); dem folgend *Kiel*, a.a.O. (Fn. 576); ähnlich *Preis*, a.a.O. (Fn. 576), S. 319; ähnlich auch das BAG, Urteil vom 29. 1. 1997, a.a.O. (Fn. 576).

⁵⁷⁸ Vgl. § 1 Abs. 2 KSchG.

⁵⁷⁹ BVerfG, Beschluss vom 27. 1. 1998, NZA 1998, S. 470, (472); BAG, Urteil vom 21. 2. 2001, BAGE 97, S. 92, (96, 97); BAG, Urteil vom 25. 4. 2001, NZA 2002, S. 87, (89); BAG, Urteil vom 6. 2. 2003, DB 2003, S. 1393, (1393, 1394); *Ascheid/Preis/Schmidt/Preis*, KSchR, Grundlagen J, Rn. 52; *Kittner/Däubler/Zwanziger/Däubler*, KSchR, § 242 BGB, Rn. 25, 27 ff.

§ 1 Abs. 2 KSchG wird eine mehr oder weniger gewichtige Störung gerade des arbeitsrechtlichen Austauschverhältnisses gefordert, das durch die Kündigung beendet werden soll. Ist eine solche wie im Fall der *Austauschkündigung* nicht gegeben,⁵⁸⁰ können nur dringende betriebliche Erfordernisse die Kündigung rechtfertigen.⁵⁸¹

Der *Austauschkündigung* liegen jedoch auch keine dringenden betrieblichen Erfordernisse im Sinne des § 1 Abs. 2 KSchG bzw. § 626 BGB zu Grunde. Sie kann daher nicht auf § 1 Abs. 3 KSchG gestützt werden. Anlass der Kündigung ist zum einen kein außer- oder innerbetrieblicher Umstand, sondern der personenbedingte Umstand, dass ein Arbeitnehmer in seiner Leistungsfähigkeit beeinträchtigt ist und daher auf seinem bisherigen Arbeitsplatz nicht weiterbeschäftigt werden kann.⁵⁸² Zum anderen führt dieser Umstand bzw. die Entscheidung des Arbeitgebers, den leistungsgewandelten Arbeitnehmer auf einem vergleichbaren Arbeitsplatz eines sozial weniger schutzwürdigen Arbeitskollegen weiterzubeschäftigen, nicht, wie im Fall dringender betrieblicher Erfordernisse vorausgesetzt,⁵⁸³ zum Wegfall von Arbeitsplätzen und Beschäftigungsmöglichkeiten. Im Gegenteil besteht im Fall der *Austauschkündigung* ein im Verhältnis vor der Erkrankung unverändertes Arbeitsplatz- und Beschäftigungsangebot. Bei der *Austauschkündigung* fehlt es damit jedenfalls nach den

⁵⁸⁰ Bei der *Austauschkündigung* kann dem betroffenen Arbeitnehmer in der Regel kein Fehlverhalten und auch sonst kein in seiner Person liegender Grund zur Last gelegt werden; die Kündigung erfolgt ausschließlich deshalb, weil er im Verhältnis zu dem erkrankten bzw. behinderten Arbeitnehmer weniger schutzbedürftig ist und einen Arbeitsplatz besetzt, auf dem der kündigungsbedrohte erkrankte bzw. behinderte Arbeitnehmer weiterbeschäftigt werden könnte.

⁵⁸¹ Solche Erfordernisse liegen vor, wenn inner- oder außerbetriebliche Umstände den Arbeitgeber zu einer unternehmerischen Entscheidung veranlassen, die zum Wegfall eines oder mehrerer Arbeitsplätze führt und daher ein Arbeitskräfteüberhang besteht, der dem verminderten Arbeitsplatzbestand angepasst werden muss, vgl. *Hromadka*, RdA 1992, S. 234, (252, 253); Kittner/Däubler/Zwanziger/*Kittner/Deinert*, KSchR, § 1 KSchG, Rn. 254.

⁵⁸² *Gamillscheg* erwägt unter Umständen ggf. dann von dem Vorliegen eines betrieblichen Grundes auszugehen, wenn die Arbeitsunfähigkeit jeden beliebigen Arbeitnehmer hätte treffen können, weil der Grund so arbeitsplatzbezogen ist, dass es vom Zufall oder Dienstplan abhängt, wer im Zeitpunkt des Schadensereignisses dort tätig ist, vgl. *Gamillscheg*, Anmerkung zum Urteil des BAG vom 29. 1. 1997, SAE 1998, S. 17, (21).

⁵⁸³ *Hromadka*, RdA 1992, S. 234, (252, 253); Kittner/Däubler/Zwanziger/*Kittner/Deinert*, KSchR, § 1 KSchG, Rn. 254.

§§ 626 BGB, 1 Abs. 2 KSchG an einem die Beendigung des Vertragsverhältnisses rechtfertigenden Grund.⁵⁸⁴

Die Freikündigung eines anderweitig besetzten Arbeitsplatzes lässt sich folglich nach den kündigungsschutzrechtlichen Bestimmungen nicht rechtfertigen. Damit scheidet diese auch bei schwerbehinderten Arbeitnehmern als milderes Mittel im Verhältnis zur Beendigungskündigung aus. Dem Arbeitgeber kann auch gegenüber schwerbehinderten Arbeitnehmern nicht die Pflicht auferlegt werden, zur Vermeidung einer Kündigung zu Mitteln zu greifen, die rechtlich unzulässig sind und in ungerechtfertigter Weise in die Vertragspositionen anderer Arbeitnehmer eingreifen. Hierdurch wäre die Grenze der Zumutbarkeit überschritten.⁵⁸⁵

(3) Tatsächliche Unmöglichkeit der Weiterbeschäftigung

Gegen die Weiterbeschäftigung des schwerbehinderten Arbeitnehmers als milderes Mittel im Verhältnis zur Kündigung kann der Arbeitgeber, auch die tatsächliche Unmöglichkeit der Weiterbeschäftigung einwenden.

Davon sind Fallgestaltungen erfasst, in denen nach den betrieblichen Möglichkeiten unter Berücksichtigung einer zumutbaren Umorganisation

⁵⁸⁴ Fraglich ist, ob eine Freikündigung auch im Kleinbetrieb unzulässig ist, in dem das Kündigungsschutzgesetz nach § 23 Abs. 1 KSchG nicht anwendbar ist; zum Teil wird auch außerhalb des Anwendungsbereichs des Kündigungsschutzgesetzes ein vertragsbezogener Grund für die Kündigung vorausgesetzt, so dass eine Freikündigung auch hier unzulässig wäre, vgl. etwa *Bengsch*, Der verfassungsrechtlich geforderte Mindestkündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, § 9, S. 547 ff., § 12, S. 619; *Oetker*, AuR 1997, S. 41, (51); darüberhinausgehend *Däubler*, in: Kittner/Däubler/Zwanziger, KSchR, § 242 BGB, Rn. 27, der eine objektive Störung des Arbeitsverhältnisses fordert; a.A. *Ascheid/Preis/Schmidt/Preis*, KSchR, Grundlagen J, Rn. 51; *Preis*, NZA 1997, S. 1256, (1266 ff.); eine Auseinandersetzung mit dieser Frage kann hier dahinstehen, weil Gegenstand der Arbeit lediglich Arbeitsverhältnisse sind, die dem Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes unterfallen; zudem kann festgestellt werden, dass ein Arbeitgeber im Kleinbetrieb wegen der Nichtanwendbarkeit des ultima ratio-Grundsatzes jedenfalls nicht gezwungen wäre, zugunsten der Weiterbeschäftigung eines schwerbehinderten Arbeitnehmers einem anderen Arbeitnehmer zu kündigen, um wiederum das Arbeitsverhältnis des schwerbehinderten Menschen wirksam kündigen zu können.

⁵⁸⁵ In einem ähnlich gelagerten Fall hat das LAG Schleswig-Holstein den Anspruch eines schwerbehinderten Arbeitnehmers auf Verringerung der Arbeitszeit nach § 81 Abs. 5 SGB IX wegen Unzumutbarkeit abgelehnt, mit der Begründung, die Verringerung der Arbeitszeit mache Änderungen in der Arbeitsorganisation notwendig, die einen Eingriff in andere Arbeitsverhältnisse erforderten, vgl. LAG Schleswig-Holstein, Urteil vom 23. 10. 2001, LAG Report 2002, S. 29, (29 ff.).

kein freier Arbeitsplatz zur Verfügung steht.⁵⁸⁶ Daneben kann die Weiterbeschäftigung trotz des Bestehens eines freien Arbeitsplatzes auch wegen fehlender Fähigkeiten und Kenntnisse des Schwerbehinderten tatsächlich unmöglich sein.

Sind die fehlenden Fähigkeiten und Kenntnisse allerdings gerade auf die Behinderung zurückzuführen, ist die gesteigerte Fürsorgepflicht des Arbeitgebers zu beachten. Gleiches gilt für den Fall, dass die fehlenden Fähigkeiten und Kenntnisse gerade darauf beruhen, dass der Arbeitgeber seinen Pflichten zur Förderung der beruflichen Bildung aus § 81 Abs. 4 Nr. 3 und Nr. 4 SGB IX nicht nachgekommen ist. Dann kann es dem Arbeitgeber im Einzelfall zumutbar sein, dem schwerbehinderten Arbeitnehmer den Erwerb der für die Weiterbeschäftigung notwendigen Qualifikationen zu ermöglichen und von der Kündigung Abstand zu nehmen.

Kann allerdings auch unter Berücksichtigung möglicher und zumutbarer Qualifizierungsmaßnahmen oder sonstiger Hilfestellungen (Umorganisation des Arbeitsplatzes, Ausstattung mit technischen Hilfsmitteln) die fehlende Eignung des schwerbehinderten Arbeitnehmers nicht ausgeglichen werden, darf der Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung des Schwerbehinderten ablehnen und eine Kündigung aussprechen. Das Gleiche gilt, wenn mögliche Qualifizierungsmaßnahmen oder sonstige Hilfestellungen von vornherein nicht in Betracht kommen, weil auch durch sie die fehlende Eignung nicht ausgeglichen werden kann. Das kann zum Beispiel der Fall sein, wenn dem Schwerbehinderten für die Stelle vorausgesetzte, ganz allgemeine berufliche Fähigkeiten wie Flexibilität, Geschicklichkeit, Organisationstalent oder Stressresistenz fehlen und diese voraussichtlich auch nicht durch entsprechende Schulungen erworben werden können.⁵⁸⁷

Ein weiterer zulässiger Einwand dürfte unter dem Gesichtspunkt der tatsächlichen Unmöglichkeit sein, dass es für den zur Verfügung stehenden

⁵⁸⁶ Der schwerbehinderte Arbeitnehmer kann nicht zur Vermeidung der Kündigung die Neueinrichtung eines bisher nicht bestehenden, leidensgerechten Arbeitsplatzes verlangen, vgl. BAG, Urteil vom 28.4.1998, NZA 1999, S. 152, (153 ff.); BAG, Urteil vom 14. 3. 2006, EzA § 81 SGB IX Nr. 11, S. 1, (5 ff.); Dau/Düwell/Haines/Düwell, Sozialgesetzbuch IX, § 81 SGB IX, Rn. 27; GK-SGB IX/Großmann, Band 2, § 81 SGB IX, Rn. 332; Hauck/Noftz, SGB IX, § 81, Rn. 33; Müller-Wenner/Schorn, SGB IX, Teil 2, § 81, Rn. 61.

⁵⁸⁷ Birk, FS Kissel, S. 51, (60); Gaul, BB 1995, S. 2422, (2426).

Arbeitsplatz Bewerber gibt, die nach ihren Kenntnissen, Fähigkeiten oder Leistungen für den zu besetzenden Arbeitsplatz besser geeignet sind, selbst unter Berücksichtigung möglicher Hilfestellungen für den schwerbehinderten Arbeitnehmer.

Schließlich kann unter dem Gesichtspunkt der tatsächlichen Unmöglichkeit auch das Festhalten an sogenannten *Leistungsträgern* gegen die Weiterbeschäftigung des Schwerbehinderten auf einem Arbeitsplatz sprechen, der im Wege der Versetzung zu seinen Gunsten frei gemacht werden könnte. Im Einzelfall kann hier unter entsprechender Berücksichtigung der Maßstäbe des § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG das Interesse des Arbeitgebers an der Weiterbeschäftigung des sogenannten Leistungsträgers vorrangig sein.⁵⁸⁸ Sind die Gründe für die Kündigung allerdings auf eine nicht behinderten- oder fähigkeitsgerechte Beschäftigung des Schwerbehinderten in der Vergangenheit zurückzuführen, ist auch in dieser Fallgruppe zu beachten, dass die Zumutbarkeitsgrenze im Verhältnis zum Normalfall der personenbedingten Kündigung zu Lasten des Arbeitgebers verschoben ist.

(4) Unverhältnismäßigkeit der Aufwendungen

Der Arbeitgeber kann im Zusammenhang mit den Pflichten aus § 81 Abs. 4 und Abs. 5 SGB IX schließlich auch die Unverhältnismäßigkeit der damit verbundenen Aufwendungen einwenden.

Allerdings ist bei der Frage der Unverhältnismäßigkeit die Möglichkeit der finanziellen Förderung des Arbeitgebers durch das Integrationsamt nach § 102 Abs. 3 Nr. 2 SGB IX sowie durch die Rehabilitationsleistungsträger nach § 34 SGB IX zu berücksichtigen, soweit der Arbeitgeber hierauf im Rahmen der Beratung durch das Integrationsamt hingewiesen wurde. Dies ergibt sich aus § 81 Abs. 4 Satz 2 SGB IX, wonach das Integrationsamt den Arbeitgeber bei der Durchführung der Maßnahmen nach den Nummern 1, 4 und 5 unterstützt.

Die finanzielle Förderungsmöglichkeit durch die Integrationsämter besteht in Form der sogenannten begleitenden Arbeitshilfe und umfasst Darlehen oder Zuschüsse, um dem Arbeitgeber die Beschäftigung bereits eingestellter schwerbehinderter Arbeitnehmer zu erleichtern. Finanziert

⁵⁸⁸

So für die krankheitsbedingte Kündigung auch *Ascheid/Preis/Schmidt/Kiel*, KSchR, § 1 KSchG, Rn. 607 und *Bernardi*, NZA 1999, S. 683, (684).

werden diese Zuschüsse und Darlehen aus dem Aufkommen der Ausgleichsabgabe.⁵⁸⁹ So kommt nach § 102 Abs. 3 Nr. 2a SGB IX etwa eine Bezuschussung zur behindertengerechten Einrichtung von Arbeitsplätzen in Betracht, wenn die nach § 81 Abs. 4 SGB IX vom Arbeitgeber vorzunehmenden Gestaltungen mit unverhältnismäßig hohen Aufwendungen verbunden wären und die alleinige Kostentragung für den Arbeitgeber nicht zumutbar wäre. Das Integrationsamt kann hier Zuschüsse oder Darlehen bis zur vollen Höhe der mit der Umgestaltung des Arbeitsplatzes verbundenen Kosten gewähren.⁵⁹⁰ Ist der Arbeitgeber auch nach Umgestaltung der Arbeitsbedingungen bzw. nach Vornahme sonstiger ihm zumutbarer Maßnahmen zum Ausgleich behinderungsbedingter Beeinträchtigungen wegen Art oder Schwere der Behinderung noch immer Belastungen ausgesetzt, die an sich zur Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung des schwerbehinderten Menschen führen würden, besteht auch hier die Möglichkeit, finanzielle Unterstützung vom Integrationsamt zu erhalten.⁵⁹¹

Dies hat für das Recht des Arbeitgebers zur Kündigung folgenden Konsequenz, die die kündigungseinschränkende Wirkung der Pflichten aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX verdeutlicht: Solange sich der Arbeitgeber nicht um die ihm zur Verfügung stehenden Förderungsmöglichkeiten des Integrationsamtes bzw. der Rehabilitationsleistungsträger bemüht hat, ist es ihm verwehrt, sich auf die fehlende Weiterbeschäftigungsmöglichkeit eines schwerbehinderten Arbeitnehmers mit dem Hinweis zu berufen, eine behindertengerechte Umgestaltung des bestehenden oder eines anderen freien Arbeitsplatzes sei mit unverhältnismäßigen Aufwendungen verbunden und daher ausgeschlossen.⁵⁹² Gleiches gilt für den Einwand, ihm

⁵⁸⁹ Dies ergibt sich aus der § 102 Abs. 3 SGB IX konkretisierenden Schwerbehinderten-Ausgleichsabgabenverordnung (SchwbAV), vgl. § 14 Abs. 1 Nr. 2 i. V. m. § 26 SchwbAV, abgedruckt bei Bihr/Fuchs/Krauskopf/Lewering, SGB IX, Anhang 1.1.2.

⁵⁹⁰ GK-SGB IX/*Spiolek*, Band 3, § 102 SGB IX, Rn. 77; *Müller-Wenner/Schorn*, SGB IX, Teil 2, § 102, Rn. 25 ff.; was im Einzelnen im Rahmen der behindertengerechten Gestaltung bezuschusst werden kann, ergibt sich aus der § 102 Abs. 3 SGB IX konkretisierenden Schwerbehinderten-Ausgleichsabgabenverordnung (SchwbAV), vgl. § 26 SchwbAV, abgedruckt bei Bihr/Fuchs/Krauskopf/Lewering, SGB IX, Anhang 1.1.2.

⁵⁹¹ Vgl. § 102 Abs. 3 Nr. 2 b SGB IX i. V. m. §§ 72 Abs. 1 Nr. 1 a-d, 75 Abs. 2 SGB IX, 27 SchwbAV.

⁵⁹² In diese Richtung wohl auch *Kohte*, der es als Obliegenheit des Arbeitgebers bezeichnet, die Erreichbarkeit von finanzieller Unterstützung durch das Integrations-

fehle die notwendige Kenntnis, um einen Arbeitsplatz behindertengerecht einzurichten. Auch hier ist der Arbeitgeber auf die Möglichkeit der Beratung durch die oben genannten Stellen zu verweisen.

Eine Kündigung des Arbeitgebers ohne vorhergehende Bemühungen um finanzielle und beratende Unterstützung durch das Integrationsamt muss daher als unverhältnismäßig und damit unwirksam angesehen werden, da sie nicht als letztes Mittel zur Beseitigung der Störungen im Arbeitsverhältnis angesehen werden kann. Entsprechendes muss gelten, wenn das Integrationsamt den Arbeitgeber auf eine mögliche finanzielle Unterstützung der Rehabilitationsleistungsträger nach § 34 SGB IX bzw. auf deren Beratungsleistungen hinweist.⁵⁹³ Weigert sich der Arbeitgeber, eine weitergehende Unterstützung dieser Stellen in Anspruch zu nehmen, obwohl nicht ausgeschlossen ist, dass Fördermöglichkeiten in Betracht kommen, die eine Weiterbeschäftigung des Schwerbehinderten ermöglichen können, wird auch hier die Kündigung als unverhältnismäßig anzusehen sein.

e. Ergebnis

Die Pflichten des Arbeitgebers zur fähigkeits- und behindertengerechten Beschäftigung aus § 81 Abs. 4 und Abs. 5 SGB IX stellen im Zusammenhang mit dem ultima ratio-Grundsatz an den Arbeitgeber vor Ausspruch einer Kündigung gesteigerte Anforderungen, um die Weiterbeschäftigung eines schwerbehinderten Arbeitnehmers zu ermöglichen. Kommt der Arbeitgeber diesen Anforderungen nicht nach, ist die Kündigung als unverhältnismäßig und damit unwirksam anzusehen. Die Pflichten aus § 81 Abs. 4 und Abs. 5 SGB IX haben damit (auch) eine das Kündigungsrecht des Arbeitgebers einschränkende Wirkung.

amt bzw. durch einen Rehabilitationsleistungsträger zu klären und diese in Anspruch zu nehmen, vgl. *Kohte*, Gesundheitliche Prävention im Sozialrecht, S. 107, (114).

⁵⁹³ Dass in Betracht kommende Förderleistungen der Rehabilitationsleistungsträger ebenfalls einer Kündigung vorzuziehen sind, ergibt sich zwar nicht unmittelbar aus dem Wortlaut des § 81 Abs. 4 Satz 2 SGB IX; jedoch folgt dies aus der Tatsache, dass Förderleistungen des Integrationsamtes aus der begleitenden Hilfe zum Arbeitsleben nach § 102 Abs. 5 SGB IX nur nachrangig und ergänzend gewährt werden dürfen, soweit Mittel der Rehabilitationsleistungsträger nicht zur Verfügung gestellt werden können; vgl. zum Verhältnis der jeweiligen Förderleistungen: *Dau/Düwell/Haines/Dau*, Sozialgesetzbuch IX, § 102 SGB IX, Rn. 17; *GK-SGB IX/Spiolek*, Band 3, § 102 SGB IX, Rn. 23 ff.; *Löschau/Marschner*, Das neue Rehabilitations- und Schwerbehindertenrecht, Rn. 605; *Neumann/Pahlen/Majerski-Pahlen/Pahlen*, SGB IX, § 102, Rn. 34; *Seidel*, br 2002, S. 67, (73).

Etwas anderes gilt nur dann, wenn die Erfüllung der in § 81 Abs. 4 und Abs. 5 SGB IX normierten Pflichten für den Arbeitgeber unzumutbar oder mit unverhältnismäßigen Aufwendungen verbunden ist. Hat der Arbeitgeber die kündigungsrelevanten Schwierigkeiten des schwerbehinderten Arbeitnehmers zu verantworten, weil er ihn entgegen seiner Verpflichtung aus § 81 Abs. 4 und Abs. 5 SGB IX nicht fähigkeits- oder behindertengerecht beschäftigt hat oder seine Pflicht zur beruflichen Förderung des Schwerbehinderten nicht nachgekommen ist, kann sich die Grenze dessen, was noch als zumutbar anzusehen ist, allerdings zu Lasten des Arbeitgebers verschieben.

Diese Verschiebung der Zumutbarkeitsgrenze ist angesichts der betrieblichen Risikoverteilung auch sachgerecht. Es liegt allein in der Macht des Arbeitgebers, seinen Betrieb so zu organisieren, dass bei der Beschäftigung Schwerbehinderter keine arbeitsbedingten Beeinträchtigungen der Leistungsfähigkeit der Arbeitnehmer entstehen können. Unterlässt es der Arbeitgeber, die nach § 81 Abs. 4 und Abs. 5 SGB IX gebotenen Maßnahmen und Vorkehrungen zu treffen, so dass schwerbehinderte Arbeitnehmer infolge ihres fehlerhaften Einsatzes arbeitsunfähig oder leistungsgemindert werden, realisiert sich eine besondere Form des unternehmerischen Betriebsrisikos. Dieses Betriebsrisiko kann der Arbeitgeber nicht auf die schwerbehinderten Arbeitnehmer abwälzen, indem er sich im Wege der Kündigung von den Arbeitnehmern trennt.

Es sind ihm vielmehr erhöhte Anstrengungen abzuverlangen, das Arbeitsverhältnis zu erhalten. Welche Maßnahmen dem Arbeitgeber zumutbar sind, ist jeweils eine Frage des konkreten Einzelfalls, in dem alle Umstände gegeneinander abzuwägen sind. Dabei sind insbesondere die zugunsten schwerbehinderter Arbeitnehmer bestehenden Fördermöglichkeiten des Integrationsamtes und der Rehabilitationsleistungsträger zu berücksichtigen.

Der Arbeitgeber ist – jedenfalls bei *arbeitsbedingten* Kündigungsgründen, die auf eine Missachtung der Vorgaben aus § 81 Abs. 4 und Abs. 5 SGB IX zurückzuführen sind – verpflichtet, sich initiativ um mögliche Förderleistungen dieser Stellen zu bemühen, um eine Weiterbeschäftigung des Schwerbehinderten zu ermöglichen. In Betracht kommende Beratungsleistungen und arbeitgeberbezogene finanzielle Fördermöglichkeiten darf der Arbeitgeber nicht von vornherein ausschlagen.

Im Ergebnis kann die Nichtbeachtung der Pflichten aus § 81 Abs. 4 und Abs. 5 SGB IX, wenn diese zu kündigungsrelevanten Schwierigkeiten eines schwerbehinderten Arbeitnehmers führt, somit empfindliche Einschränkungen der arbeitgeberseitigen Gestaltungsfreiheit bei der Beendigung von Arbeitsverhältnissen Schwerbehinderter nach sich ziehen. Denn das SGB IX hält mit den Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben und den Leistungen zur medizinischen Rehabilitation vielgestaltige Instrumentarien bereit, um leistungsgewandelten schwerbehinderten Arbeitnehmern den Arbeitsplatz zu erhalten und die Beschäftigung für den Arbeitgeber zu erleichtern.⁵⁹⁴

Allerdings – und dies begründet ein Schutzdefizit des § 81 Abs. 4 und Abs. 5 SGB IX – führt die Nichtbeachtung der Pflichten aus § 81 Abs. 4 und 5 SGB IX nur für solche Kündigungen zu einer Einschränkung des arbeitgeberseitigen Kündigungsrechts, die dem Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes unterfallen bzw. am Maßstab des § 626 BGB zu messen sind.

Dies ergibt sich daraus, dass die besonderen Pflichten des Arbeitgebers bei der Beschäftigung Schwerbehinderter nur über die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu Einschränkungen des Kündigungsrechts führen können. Bei Kündigungen, die nicht dem Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes unterfallen bzw. nicht am Maßstab des § 626 BGB zu messen sind, findet der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz jedoch keine Anwendung.⁵⁹⁵

⁵⁹⁴

Allein für den Arbeitgeber gibt es zahlreiche Möglichkeiten, bei der Weiterbeschäftigung des leistungsgewandelten Arbeitnehmers durch finanzielle Hilfe und durch Beratungsleistungen der Rehabilitationsleistungsträger unterstützt zu werden, worauf hier nicht weiter eingegangen werden kann; vgl. zu dem Aspekt der Vernetzung von Kündigungsrecht und sozialrechtlichen Leistungen zugunsten Schwerbehinderter auch *Bogun*, AuR 2007, S. 276, (276 ff.); *Kohte*, Gesundheitliche Prävention im Sozialrecht, S. 107, (119 ff.).

⁵⁹⁵

So die h. M., vgl. BAG, Urteil vom 21. 2. 2001, EzA § 242 BGB 2002 Kündigung Nr. 2, S. 1, (6 ff., 8); BAG, Urteil vom 22. 5. 2003, AP Nr. 18 zu § 1 KSchG 1969, Wartezeit Nr. 18, Bl. 26, (31); BAG, Urteil vom 28. 6. 2007, NZA 2007, S. 1049, (1052, 1053); BAG, Urteil vom 24. 1. 2008, NZA-RR 2008, S. 405, (405 ff.); *Ascheid/Preis/Schmidt/Preis*, KSchR, Grundlagen J, Rn. 57; *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts, S. 398, 399; *Stahlhacke/Preis/Vossen/Preis*, 1. Abschnitt, § 13, Rn. 317; v. *Hoyningen-Huene/Linck*, KSchG, § 1, Rn. 204; a.A. *Oetker*, AuR 1997, S. 41, (52), der zumindest eine evident unverhältnismäßige Kündigung nach § 242 BGB für unzulässig halten will, womit er sich auf Kündigungen bezieht, die offensichtlich willkürlich oder aus nichtigen Gründen unter Missachtung der Machtstellung des Arbeitgebers im Betrieb ausgesprochen werden.

Insbesondere in den ersten sechs Monaten der Beschäftigung sowie bei der Beschäftigung schwerbehinderter Arbeitnehmer in Kleinbetrieben, in denen der Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes nicht eröffnet ist, schränkt die Nichtbeachtung der Vorgaben aus § 81 Abs. 4 und Abs. 5 SGB IX damit das Kündigungsrecht des Arbeitgebers nicht ein. Dies gilt selbst dann, wenn die die Kündigung bedingenden Schwierigkeiten auf eine nicht behinderten- oder fähigkeitsgerechte Beschäftigung zurückzuführen sind.

Im Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes und bei außerordentlichen Kündigungen trägt aber das allgemeine Verhältnismäßigkeitsprinzip durch die dargestellten Auswirkungen auf das Kündigungsrecht des Arbeitgebers zu einer Stärkung der von § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX angestrebten Kündigungsprävention bei.

2. Auswirkungen einer Missachtung der Pflichten aus § 84 SGB IX

Nachdem herausgearbeitet werden konnte, dass eine Nichtbeachtung der Pflichten aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX im Rahmen eines Kündigungschutzverfahrens die Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung bedingen und damit eine erhebliche Einschränkung des arbeitgeberseitigen Kündigungsrechts zur Folge haben kann, stellt sich die Frage, welche nachteiligen Auswirkungen die Nichtdurchführung eines Präventionsverfahrens bzw. BEM auf das Kündigungsrecht des Arbeitgebers haben kann. Auch in diesem Zusammenhang geht es darum, zu beurteilen, ob ein unterbliebenes Präventionsverfahren bzw. BEM Auswirkungen auf die materiellrechtliche Wirksamkeit der arbeitgeberseitigen Kündigung haben kann oder aber auf das arbeitgeberseitige Prozessrisiko, im Kündigungsschutzverfahren zu unterliegen. Diese Rechtswirkungen würden wiederum nach der der Arbeit zugrunde liegenden These die Effektivität der von § 84 SGB IX angestrebten Kündigungsprävention stärken und den Vorschriften zu einer erhöhten praktischen Wirksamkeit verhelfen.

a. Auswirkungen auf die materiellrechtliche Wirksamkeit der Kündigung

Wie bereits dargestellt, ist die Durchführung eines Präventionsverfahrens bzw. BEM nicht formelle Wirksamkeitsvoraussetzung für die Kündigung

eines schwerbehinderten Arbeitnehmers. Dies gilt selbst dann, wenn die Kündigung auf Gründe gestützt wird, auf deren Vermeidung die genannten Verfahren gerade ausgerichtet sind. Die Nichtbeachtung der Präventionsverpflichtung aus § 84 SGB IX führt damit nicht schon aus formellen Gründen zur Unwirksamkeit einer arbeitgeberseitigen Kündigung. Der Arbeitgeber muss damit – anders als etwa bei einer unterbliebenen Betriebsratsanhörung nach § 102 BetrVG – nicht zwingend damit rechnen, dass wegen eines unterbliebenen Präventionsverfahrens bzw. BEM die Kündigung in einem Kündigungsschutzverfahren als unwirksam angesehen wird.

Damit ist aber noch nicht beantwortet, ob die Kündigung ggfs. aus materiellrechtlichen Erwägungen als unwirksam angesehen werden kann. Diese Frage ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten.

aa. § 84 SGB IX als sanktionsloser Programmsatz

Nach einer Meinung in der Literatur wird § 84 SGB IX kein Einfluss im kündigungsrechtlichen Bereich zugesprochen. Insbesondere mit Hinweis auf die Sanktionslosigkeit der Norm stufen die Vertreter dieser Meinung § 84 SGB IX als reine Ordnungsvorschrift mit Appellativcharakter ein, deren Missachtung keine Auswirkungen auf das Kündigungsrecht des Arbeitgebers haben soll.⁵⁹⁶

Dieser Einordnung kann nicht gefolgt werden. § 84 SGB IX kann nicht als reine Ordnungsvorschrift mit Appellativcharakter verstanden werden, sondern normiert eine echte Verhaltenspflicht des Arbeitgebers. Dies lässt sich schon daraus schließen, dass der Gesetzgeber mit der Wahl des Indikativs („*Der Arbeitgeber schaltet (...) ein (...)*“ bzw. „*klärt der Arbeitgeber (...)*“) davon ausgeht, dass der Arbeitgeber grundsätzlich bei Auftreten der genannten Schwierigkeiten ein Präventionsverfahren bzw. BEM durchführt.

⁵⁹⁶ In Bezug auf § 84 Abs. 1 SGB IX die kündigungsrechtliche Bedeutung ablehnend: Kossens/von der Heide/Maaß/Kossens, SGB IX, § 84, Rn. 6; KR/Etzel, Vor §§ 85-92 SGB IX, Rn. 36; in Bezug auf § 84 Abs. 2 SGB IX die kündigungsrechtliche Bedeutung ablehnend: LAG Köln, Urteil vom 18. 5. 2007, 11 Sa 632/06, veröffentlicht bei Juris; Balders/Lepping, die § 84 Abs. 2 SGB IX als rein öffentlich-rechtliche Verpflichtung ansehen und der Norm keine Rechtswirkungen auf die privatrechtliche Kündigung zusprechen wollen, vgl. Balders/Lepping, NZA 2005, S. 854, (857); in diesem Sinne auch Stahlhacke/Preis/Vossen/Preis, 2. Abschnitt, § 2, Rn. 1230a; eine kündigungsrechtliche Bedeutung ablehnend ferner Schlewing, ZfA 2005, S. 485, (495 ff.) mit dem Argument, § 84 Abs. 2 SGB IX fehle der kündigungspräventive Charakter; ablehnend auch v Hoyningen-Huene/Linck, KSchG, § 1, Rn. 343 ff.

Eine solche Annahme ist indes nur bei Vorliegen einer Verpflichtung des Arbeitgebers gerechtfertigt.⁵⁹⁷ Entsprechend werden auch andere Normen, die den Indikativ wählen, als Verpflichtung eingestuft, zum Beispiel § 2 Abs. 1 BetrVG, wonach Arbeitgeber und Betriebsrat unter Beachtung der geltenden Tarifverträge vertrauensvoll zusammen arbeiten.⁵⁹⁸

Auch die Gesetzesbegründung zu § 14c SchwbG, den § 84 Abs. 1 SGB IX inhaltsgleich übernommen hat, lässt auf eine Verpflichtung des Arbeitgebers schließen. In der Gesetzesbegründung zu § 14c SchwbG heißt es, dass der Arbeitgeber *verpflichtet* werde, bei erkennbaren Schwierigkeiten die genannten Interessenvertretungen einzuschalten.⁵⁹⁹

Da § 84 Abs. 2 SGB IX eingeführt wurde, um den in § 84 Abs. 1 SGB IX normierten Ansatz der betrieblichen Prävention auszubauen,⁶⁰⁰ muss auch § 84 Abs. 2 SGB IX als Verpflichtung des Arbeitgebers eingestuft werden. Schließlich bezeichnen auch auf § 84 SGB IX verweisende Bestimmungen diese als Verpflichtung des Arbeitgebers, z. B. § 93 Satz 2 SGB IX und § 95 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB IX.

Allein daraus, dass eine gesetzliche Bestimmung eine Verhaltenspflicht des Arbeitgebers enthält, lässt sich allerdings noch nicht darauf schließen, dass die Nichtbeachtung dieser Verhaltenspflicht auch nachteilige Rechtsfolgen für den Arbeitgeber nach sich zieht. Der Umstand, dass eine Verhaltenspflicht wenig effektiv wäre, wenn ihre Nichtbeachtung für den Verpflichteten ohne Folge bliebe, hilft hier nicht weiter.⁶⁰¹ Denn gerade im Arbeits-

⁵⁹⁷ In diesem Sinne auch LAG Niedersachsen, Urteil vom 25. 10. 2006, BB 2007, S. 719, (722) mit Bezug auf die ebenfalls indikative Formulierung in § 84 Abs. 2 SGB IX; ausdrücklich mit Bezug auf § 84 Abs. 1 SGB IX *Brose*, RdA 2006, S. 149, (154); ähnlich *Schimanski*, br 2002, S. 121, (126).

⁵⁹⁸ *Preis*, NZA 1998, S. 449, (453); *Richardi/Richardi*, BetrVG, § 2, Rn. 6, 7.

⁵⁹⁹ Vgl. die Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit Schwerbehinderter vom 16. 5. 2000, BT-DS 14/3372, S. 16.; im Ergebnis ebenso *Bihl/Fuchs/Krauskopf/Lewering/Ritz*, SGB IX, § 84, Rn. 2 ff.; *Ernst/Adlhoch/Seel*, SGB IX, Band 2, § 84, Rn. 11; *Hauck/Noftz*, SGB IX, § 84, Rn. 5.

⁶⁰⁰ Vgl. die Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Ausbildung und Beschäftigung schwerbehinderter Menschen vom 21. 10. 2003, BT-DS 15/1783, S. 16.

⁶⁰¹ a.A. offensichtlich das OVG für das Land Mecklenburg-Vorpommern, das aus der Überlegung, *dass nicht sein kann, was nicht sein darf*, § 84 SGB IX als sanktionsbewehrte Verhaltenspflicht einstuft, da die Schutzfunktion der Norm leer liefe, wenn ihre Nichtbeachtung ohne Folgen bliebe, vgl. OVG für das Land Mecklenburg-Vorpommern, Urteil vom 9. 10. 2003, br 2005, S. 143, (146); ferner *Brose*, RdA 2006, S. 149, (154).

recht gibt es zahlreiche Verhaltenspflichten des Arbeitgebers, deren Nichtbeachtung keine Sanktion nach sich zieht.⁶⁰²

Gleichwohl gehen die herrschende Meinung in Rechtsprechung und Literatur im Ergebnis zutreffend davon aus, dass § 84 SGB IX auch ohne konkrete Rechtsfolgenanordnung zu Einschränkungen des Kündigungsrechts des Arbeitgebers führen kann, wenn der Arbeitgeber die in der Norm enthaltenen Präventionspflichten im Vorfeld der Kündigung nicht beachtet hat.⁶⁰³

Wie sich dies dogmatisch begründen lässt, ist Gegenstand der nachfolgenden Ausführungen.

bb. Nichtigkeit einer Kündigung nach § 134 BGB bei Missachtung des § 84 SGB IX

Zunächst ist festzuhalten, dass wie schon die Missachtung der besonderen Beschäftigungspflichten nach § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX auch eine Nichtbeachtung des § 84 SGB IX nicht über eine Anwendung des § 134 BGB zur Nichtigkeit der Kündigung führt. § 84 SGB IX kann nicht als Verbotsgesetz im Hinblick auf den Ausspruch einer arbeitgeberseitigen Kündigung angesehen werden. Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB sind, wie bereits im Zusammenhang mit § 81 SGB IX ausgeführt, solche materiell-rechtlichen Normen, die ein Rechtsgeschäft wegen seines Inhalts oder der Art seines Zustandekommens untersagen. Ob dies der Fall ist, ergibt sich im Wege der Auslegung aus dem Wortlaut einer Norm oder aus deren Sinn und Zweck.⁶⁰⁴

§ 84 SGB IX lässt sich kein derartiges Verbotsgesetz entnehmen. Der Wortlaut der Norm untersagt nicht Kündigungen, die vom Arbeitgeber ausgesprochen werden, ohne dass zuvor ein BEM bzw. Präventionsverfahren durchgeführt wurde. Auch der Sinn und Zweck der Vorschrift begründet nicht ein derartiges Kündigungsverbot. Die darin normierten besonderen Pflichten des Arbeitgebers bei der Beschäftigung Schwerbehinderter sollen zwar nach ihrem Schutzzweck auch der Vermeidung arbeitgeberseitiger Kündigungen dienen. Nach der gesetzgeberischen Konzeption soll dies aber über ein innerbetriebliches

⁶⁰² Vgl. etwa die allgemeine Informationspflicht des Arbeitgebers aus § 80 Abs. 2 BetrVG oder die verschiedenen in § 81 BetrVG normierten Pflichten des Arbeitgebers.

⁶⁰³ Vgl. die im Rahmen der nachfolgenden Ausführungen angeführten Stimmen in Rechtsprechung und Literatur.

⁶⁰⁴ MüArbR/Wank, Band 1, § 97, Rn. 41; KR/Friedrich, § 13 KSchG, Rn. 178.

Klärungsverfahren gelingen, in dem Möglichkeiten zum Erhalt des Arbeitsverhältnisses zwischen den Betriebsparteien und dem Integrationsamt erörtert werden, um die Kündigung möglichst zu vermeiden. Ein Verbot der Kündigung lässt sich dieser Konzeption nicht entnehmen.⁶⁰⁵

cc. § 84 SGB IX als besondere Konkretisierung des ultima ratio-Grundsatzes

Als dogmatischer Anknüpfungspunkt für den einschränkenden Einfluss von Präventionsverfahren und BEM auf das Kündigungsrecht des Arbeitgebers kommt nach der zutreffenden herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur allein der dem Kündigungsrecht immanente ultima ratio-Grundsatz als Ausprägung des allgemeinen Verhältnismäßigkeitsprinzips in Betracht.⁶⁰⁶

⁶⁰⁵ So im Ergebnis auch BAG, Urteil vom 12. 7. 2007, BB 2008, S. 277, (279).

⁶⁰⁶ In Rechtsprechung und Literatur findet sich insoweit fast einheitlich der Hinweis, Präventionsverfahren und BEM nach § 84 SGB IX stellen eine spezifische Konkretisierung oder eine besondere Ausprägung des kündigungsschutzrechtlichen ultima ratio-Grundsatzes dar, vgl. grundlegend zu § 84 Abs. 1 SGB IX: BAG, Urteil vom 7. 12. 2006, DB 2007, S. 1089, (1090); BAG, Urteil vom 28. 6. 2007, NZA 2007, S. 1049, (1053); BAG, Urteil vom 12. 7. 2007, BB 2008, S. 277, (278 ff.); BAG, Urteil vom 8. 11. 2007, NZA 2008, S. 471, (472); BAG, Urteil vom 23. 4. 2008, BB 2008, S. 2409, (2410); BAG, Urteil vom 10. 12. 2009, 2 AZR 400/08, veröffentlicht bei Juris; ähnlich, aber noch deutlich abgeschwächer in der Formulierung LAG Hamm, Urteil vom 7. 12. 2006, 15 (11) Sa 1236/06, veröffentlicht bei Juris; dem BAG vollumfänglich zustimmend ArbG Essen, Urteil vom 15. 5. 2007, EZA-SD 2007, Nr. 16, S. 12, (12, 13); *Ascheid/Preis/Schmidt/Preis*, KSchR, Grundlagen H, Rn. 67; *Bogun*, AuR 2007, S. 276, (277); *Brose*, RdA 2006, S. 149, (154); *dieselbe*, iqpr-Forum B, Diskussionsbeitrag Nr. 6/2005, S. 4, veröffentlicht im Internet unter http://www.iqpr.de/iqpr/seiten/diskussionsforen/forumb/forum-b-de.asp#B6_2005, (letzter Abruf am 12. 10. 2010); *Düwell*, BB 2000, S. 2570, (2573); *Gagel/Schian*, iqpr Forum B, Diskussionsbeitrag Nr. 13/2006, S. 4, veröffentlicht im Internet unter http://www.iqpr.de/iqpr/seiten/diskussionsforen/forumb/forum-b-de.asp#B13_2006, (letzter Abruf am 12. 10. 2010); *Horcher*, RdA 2009, S. 31 (32); KR/*Griebeling*, § 1 KSchG, Rn. 215 ff.; *Müller-Wenner/Schorn*, SGB IX, Teil 2, § 84, Rn. 16; *Neumann*, Handbuch SGB IX, § 18, Rn. 9; noch vorsichtig formulierend, aber auf den ultima ratio-Grundsatz hindeutend *Neumann/Pahlen/Majerski-Pahlen/Neumann*, SGB IX, § 84, Rn. 17; *Welti*, SozSich 2001, S. 146, (147); zu § 84 Abs. 2 SGB IX: BAG, Urteil vom 12. 7. 2007, NZA 2008, S. 173, (173, 175 ff.); LAG Berlin, Urteil vom 27. 10. 2005, br 2006, S. 165, (165 ff.); LAG Hamm, Urteil vom 29. 3. 2006, LAGE § 1 KSchG Krankheit Nr. 39; LAG Nürnberg, Urteil vom 21. 6. 2006, NZA-RR 2007, S. 75, (77); LAG Niedersachsen, Urteil vom 25. 10. 2006, BB 2007, S. 719, (721); LAG Hamm, Urteil vom 24. 1. 2007, 2 Sa 991/06, veröffentlicht bei Juris; LAG Köln, Urteil vom 11. 6. 2007, 14 Sa 1391/06, veröffentlicht bei Juris; *Faber*, AiB 2006, S. 553, (553 ff.); *Gagel/Schian*, Anmerkung zum Urteil des LAG Berlin vom 27. 10.

Nach dem ultima ratio-Grundsatz ist, wie im Zusammenhang mit § 81 SGB IX bereits hervorgehoben, eine Kündigung des Arbeitgebers nur zulässig, wenn sie das unausweichlich letzte Mittel (*ultima ratio*) ist, um die durch die Kündigungsgründe aufgetretenen betrieblichen Beeinträchtigungen zu beseitigen. Gibt es mildere Mittel, die in gleicher Weise wie die Kündigung geeignet sind, die betrieblichen Beeinträchtigungen zu beseitigen, die aber das Arbeitsverhältnis erhalten können, ist der Arbeitgeber gehalten, diese der Kündigung vorzuziehen.⁶⁰⁷ Kommt der Arbeitgeber dem nicht nach, ist die Kündigung als unwirksam anzusehen, weil sie nicht das unausweichlich letzte Mittel darstellt und damit unverhältnismäßig ist.

Präventionsverfahren und BEM stellen selbst kein derart milderes Mittel dar, dass einer Kündigung stets vorzuziehen ist und im Falle der Nichtbeachtung ausnahmslos zur Unwirksamkeit der Kündigung führt.⁶⁰⁸ Denn die Erörterungen mit den in § 84 SGB IX genannten Stellen führen nicht unmittelbar dazu, dass beispielsweise durch behinderungsbedingte Leistungsabfälle bedingte, betriebliche Beeinträchtigungen überwunden werden. Präventionsverfahren und BEM dienen vielmehr nur der Feststellung, ob es mildere Mittel im Verhältnis zur Kündigung gibt, mit deren Hilfe das Arbeitsverhältnis unbeeinträchtigt fortgesetzt werden kann.⁶⁰⁹

Gleichwohl können das Präventionsverfahren und das BEM, werden sie vom Arbeitgeber nicht beachtet, über die Anwendung des ultima ratio-

2005, br 2006, S. 168, (169); KR/*Griebeling*, § 1 KSchG, Rn. 215 a; *Welti*, NZS 2006, S. 623, (626); *Powietzka*, BB 2007, S. 2118, (2121 ff.).

⁶⁰⁷ Vgl. hierzu schon die Ausführungen unter: Dritter Teil, C., IV., 1., d., bb.

⁶⁰⁸ BAG, Urteil vom 10. 12. 2009, 2 AZR 400/08, veröffentlicht bei *Juris*; *Faber*, AiB 2006, S. 553, (556); KR/*Griebeling*, § 1 KSchG, Rn. 215 a; a.A. GK-SGB IX/*Schimanski*, Band 2, § 84 SGB IX, Rn. 71 b; missverständlich insoweit noch das BAG in einer Entscheidung aus dem Jahr 2006, in der das Gericht zum einen die Möglichkeiten zur Beratung und finanziellen Förderung im Rahmen des Präventionsverfahrens als mildere Mittel im Verhältnis zur Kündigung bezeichnet, andererseits aber ebenso davon ausgeht, dass ein unterbliebenes Präventionsverfahren nicht stets, sondern nur dann zur Unwirksamkeit einer Kündigung führt, wenn es Möglichkeiten zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses aufgezeigt hätte, vgl. BAG, Urteil vom 7. 12. 2006, DB 2007, S. 1089, (1090 ff.); ähnlich missverständlich LAG Hamm, Urteil vom 24. 1. 2007, 2 Sa 991/06, veröffentlicht bei *Juris*, allerdings in Bezug auf § 84 Abs. 2 SGB IX; ausdrücklich wie hier jetzt BAG, Urteil vom 28. 6. 2007, NZA 2007, S. 1049, (1053).

⁶⁰⁹ BAG, Urteil vom 28. 6. 2007, a.a.O. (Fn. 608).

Grundsatzes mittelbar zur Unwirksamkeit einer arbeitgeberseitigen Kündigung führen.⁶¹⁰

Dogmatisch lässt sich dies mit dem Gegenstand und der Funktion der Verfahren begründen. Präventionsverfahren und BEM sollen sicherstellen, wie im zweiten Teil der Arbeit herausgearbeitet, dass der Arbeitgeber vor Ausspruch einer Kündigung aktiv nach Kündigungsalternativen sucht und mit Betriebsrat, Schwerbehindertenvertretung, Integrationsamt und ggfs. den Servicestellen der Rehabilitationsleistungsträger alle technisch und wirtschaftlich realisierbaren Möglichkeiten erörtert, wie das Arbeitsverhältnis des betroffenen schwerbehinderten Arbeitnehmers erhalten und der Ausspruch einer Kündigung vermieden werden kann.⁶¹¹

Die Einschaltung des Integrationsamtes bzw. der Servicestelle der Rehabilitationsleistungsträger soll dabei gewährleisten, dass sich der Arbeitgeber bei der Suche nach Kündigungsalternativen nicht nur auf das *betrieblich Machbare* beschränkt, sondern dass auch die besonderen sozialrechtlichen Fördermöglichkeiten und Hilfen des Integrationsamtes sowie der Rehabilitationsleistungsträger in seine Erwägungen miteinfließen. Durch die Beratung des Integrationsamtes über die technischen Gestaltungsmöglichkeiten und die finanziellen Fördermöglichkeiten bei der Beschäftigung Schwerbehinderter sollen dem Arbeitgeber Wege zur Weiterbeschäftigung aufgezeigt werden, die er möglicherweise ohne den externen Sachverstand nicht erkannt oder als nicht finanzierbar nicht in Betracht gezogen hätte.⁶¹²

⁶¹⁰ Vgl. grundlegend BAG, Urteil vom 7. 12. 2006, DB 2007, S. 1089, (1090 ff.); BAG, Urteil vom 28. 6. 2007, NZA 2001, S. 1049, (1053); ähnlich, aber noch deutlich abgeschwächt in der Formulierung LAG Hamm, Urteil vom 7. 12. 2006, 15 (11) Sa 1236/06, veröffentlicht bei Juris; dem BAG vollumfänglich zustimmend ArbG Essen, Urteil vom 15. 5. 2007, EzA-SD 2007, Nr. 16, S. 12, (12, 13); Ascheid/Preis/Schmidt/Preis, KSchR, Grundlagen H, Rn. 67; *Bogun*, AuR 2007, S. 276, (277); *Brose*, RdA 2006, S. 149, (154); *dieselbe*, iqpr-Forum B, Diskussionsbeitrag Nr. 6/2005, S. 4, veröffentlicht im Internet unter http://www.iqpr.de/iqpr/seiten/diskussionsforen/forumb/forum-b-de.asp#B6_2005, (letzter Abruf am 12. 10. 2010); *Düwell*, BB 2000, S. 2570, (2573); *Gagel/Schian*, iqpr Forum B, Diskussionsbeitrag Nr. 13/2006, S. 4, veröffentlicht im Internet unter http://www.iqpr.de/iqpr/seiten/diskussionsforen/forumb/forum-b-de.asp#B13_2006, (letzter Abruf am 12. 10. 2010); KR/*Griebeling*, § 1 KSchG, Rn. 215 ff.; *Müller-Wenner/Schorn*, SGB IX, Teil 2, § 84, Rn. 16; *Neumann*, Handbuch SGB IX, § 18, Rn. 9.

⁶¹¹ So auch *Gagel*, Anmerkung zum Urteil des LAG Mainz vom 10. 8. 2006, jurisPR-ArbR 20/2007, Anm. 3.

⁶¹² So auch BAG, Urteil vom 4. 10. 2005, DB 2006, S. 902, (904); *Bogun*, Anmerkung zum Urteil des BAG vom 7. 12. 2006, AuR 2007, S. 276, (276, 277); *Schimanski*,

Hat der Arbeitgeber kein Präventionsverfahren oder BEM durchgeführt und sich ohne vorhergehende Beratung mit Betriebsrat, Schwerbehindertenvertretung und Integrationsamt zum Ausspruch einer Kündigung entschlossen, kann dies aufgrund der Funktion der Verfahren im Rahmen eines sich anschließenden Kündigungsschutzverfahrens negative Auswirkungen auf das Kündigungsrecht des Arbeitgebers haben. Das befassete Gericht kann aufgrund der fehlenden Erörterung mit den in § 84 SGB IX genannten Stellen zu der Überzeugung gelangen, dass die Kündigung sozial ungerechtfertigt ist. Geht es nämlich davon aus, dass ein Präventionsverfahren bzw. BEM Wege hätte aufzeigen können, wie man das Arbeitsverhältnis hätte fortsetzen und die Kündigung vermeiden können, wird es die Kündigung nicht als *ultima ratio* und damit als unwirksam einstufen. Trotz fehlendem Präventionsverfahren bzw. BEM wird es eine Kündigung dagegen wohl nur dann als wirksam erachten, wenn auch das von § 84 SGB IX vorgesehene Verfahren offensichtlich keine Kündigungsalternativen hätte aufzeigen können oder wegen der Umstände des Einzelfalles entbehrlich gewesen ist.⁶¹³

Wenn zum Teil in der Literatur eingewandt wird, der Arbeitgeber müsse sowieso nach geltender Rechtslage unter Berücksichtigung des ultima ratio-Grundsatzes vor Ausspruch einer krankheitsbedingten Kündigung prüfen, ob beispielsweise der Arbeitsplatz mit zumutbarem Aufwand umgestaltet werden kann oder eine Versetzung in Betracht kommt, so dass eine kündigungsrelevante Prüfungsanforderung durch das BEM nicht notwendig sei,⁶¹⁴ vermag dies nicht zu überzeugen. Dabei wird verkannt, dass das BEM die Anforderungen an das vor Ausspruch einer Kündigung durchzuführende *Prüfungsprogramm* modifiziert und damit dem ultima ratio-

br 2002, S. 121, (126); *Feldes* geht allgemein davon aus, dass es häufig auf Seiten der Personalverantwortlichen an Kenntnissen, Strategien und Initiativen zur Gestaltung behinderungsgerechter und barrierefreier Arbeitsbedingungen mangelt, vgl. *Feldes*, br 2002, S. 128, (129); hier können und sollen Präventionsverfahren und BEM helfen, fehlendes Wissen auszugleichen und auf diese Weise die Weiterbeschäftigung Schwerbehinderter ermöglichen.

⁶¹³ So betont auch das BAG, dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht allein dadurch verletzt werde, dass kein BEM durchgeführt wurde. Es müsse hinzukommen, dass überhaupt Möglichkeiten einer alternativen (Weiter-)beschäftigung bestanden haben, die eine Kündigung vermieden hätten, vgl. BAG, Urteil vom 10.12.2009, 2 AZR 400/08, veröffentlicht bei Juris.

⁶¹⁴ So aber *Balders/Lepping*, NZA 2005, S. 854, (857).

Grundsatz in spezifischer Weise eine neue Bedeutung gibt.⁶¹⁵ Das BEM verpflichtet den Arbeitgeber nämlich, wie vorhergehend aufgezeigt, die betriebsinternen Möglichkeiten zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr nur allein, sondern im Sinne einer kooperativen Suche mit Betriebsrat, Schwerbehindertenvertretung und dem Arbeitnehmer sowie gegebenenfalls unter Hinzuziehung von Betriebsarzt, gemeinsamer Servicestelle und Integrationsamt zu prüfen. Dies begründet eine eigenständige Bedeutung des BEM, auch im Rahmen der Frage, ob die Kündigung *ultima ratio* gewesen ist.

dd. Zwischenergebnis

Präventionsverfahren und BEM sind selbst zwar nicht als mildere Mittel im Verhältnis zur Kündigung anzusehen, ihre Außerachtlassung führt also nicht zwingend zur materiellrechtlichen Unwirksamkeit einer arbeitgeberseitigen Kündigung.

Aufgrund der spezifischen Funktion der Verfahren, im Rahmen einer kooperativen Suche alle Möglichkeiten zur Weiterbeschäftigung des schwerbehinderten Arbeitnehmers zu prüfen, erhöht die Nichtdurchführung eines Präventionsverfahrens bzw. BEM aber – wie schon im Zustimmungsverfahren vor dem Integrationsamt – das Risiko des Arbeitgebers, dass in einem nachfolgenden Kündigungsschutzprozess das mit der Kündigung befasste Arbeitsgericht die Kündigung nicht als unausweichlich letztes Mittel betrachtet und diese daher für unwirksam erklärt.

Präventionsverfahren und BEM können daher – trotz ihrer sanktionslosen Ausgestaltung und ihres fehlenden Bezuges zum Kündigungsrecht – im Falle ihrer Nichtbeachtung zu einer erheblichen Einschränkung des arbeitgeberseitigen Kündigungsrechts führen.

Dies ist ein Faktor, der dazu beitragen kann, dass die Verfahren des § 84 SGB IX trotz ihrer sanktionslosen Ausgestaltung in der betrieblichen Praxis vor Ausspruch von Kündigungen Beachtung finden und damit die Effektivität der Verfahren im Bereich der Kündigungsprävention erhöht wird.

⁶¹⁵ So betonen auch *Gagel/Schian*, das nicht mehr nur eine Prüfung von Kündigungsalternativen durch den Arbeitgeber allein ausreicht, sondern es müsse eine Klärung nach Maßgabe des § 84 Abs. 2 SGB IX stattfinden, vgl. *Gagel/Schian*, Anmerkung zum Urteil des LAG Berlin vom 27. 10. 2005, br 2006, S. 168, (169).

Ähnlich wie bei den Pflichten des Arbeitgebers aus § 81 Abs. 4 und Abs. 5 SGB IX besteht auch bei § 84 SGB IX jedoch ein Schutzdefizit. Dieses ergibt sich daraus, dass die dargestellte Einschränkung des arbeitgeberseitigen Kündigungsrechts bei Nichtdurchführung eines Präventionsverfahrens oder BEM allein aus einer Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes abzuleiten ist. Da dieses bei ordentlichen Kündigungen, die nicht dem Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes unterliegen, nach überwiegender Ansicht in Rechtsprechung und Literatur nicht anwendbar ist, hat in diesen Fällen die Missachtung des § 84 SGB IX keine Auswirkungen auf die materiellrechtliche Wirksamkeit der Kündigung.

In der Praxis ist dies vor allem für Kündigungen innerhalb der ersten sechs Monate der Beschäftigung von Bedeutung, da hier nach Maßgabe des § 90 Abs. 1 Nr. 1 SGB IX auch die Zustimmung des Integrationsamtes für die Wirksamkeit der Kündigung nicht eingeholt zu werden braucht. In diesen Fällen wird der Arbeitgeber seine Kündigungsentscheidung daher selbst dann umsetzen können, wenn Präventionsverfahren oder BEM tatsächlich eine Weiterbeschäftigung des schwerbehinderten Arbeitnehmers hätten aufzeigen können. Dies führt in den genannten Bereichen zu einer nicht unerheblichen Einschränkung der Effektivität der von § 84 SGB IX angestrebten Kündigungsprävention.

b. Auswirkungen auf das arbeitgeberseitige Prozessrisiko

Von besonderer Bedeutung für die Bemessung der Effektivität der von § 84 SGB IX angestrebten Kündigungsprävention ist auch die Einschätzung, wie hoch das Risiko des Arbeitgebers ist, bei einem unterbliebenem Präventionsverfahren bzw. BEM im Vorfeld der Kündigung in einem Kündigungsschutzverfahren zu unterliegen (arbeitgeberseitiges Prozessrisiko). Je wahrscheinlicher es ist, dass ein Arbeitsgericht die Kündigung bei Missachtung der Vorgaben aus § 84 SGB IX als unwirksam erachtet, desto eher wird sich der Arbeitgeber, jedenfalls im Vorfeld der Kündigung, zur Durchführung eines Präventionsverfahrens bzw. BEM bereit zeigen.

Die insoweit maßgebliche Einschätzung des arbeitgeberseitigen Prozessrisikos hängt wesentlich von der Darlegungs- und Beweislast im Kündigungsschutzverfahren ab. Daher soll nachfolgend der Frage nachgegangen werden, ob es nachteilige Auswirkungen auf die Darlegungs- und Beweislast des Arbeitgebers im Kündigungsschutzverfahren hat, wenn der

Arbeitgeber im Vorfeld der Kündigung kein Präventionsverfahren bzw. BEM durchgeführt hat.

aa. Die grundsätzliche Darlegungs- und Beweislast im Kündigungsschutzverfahren

Nach den allgemeinen Grundsätzen des Zivilprozessrechts muss im Rahmen einer gerichtlichen Auseinandersetzung grundsätzlich jede Partei die tatsächlichen Voraussetzungen derjenigen Normen darlegen und beweisen, die für die Durchsetzung ihres Begehrens günstig sind.⁶¹⁶ Dies gilt auch im arbeitsgerichtlichen Kündigungsschutzverfahren, was für Kündigungen, die dem Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes unterfallen, in § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG ausdrücklich normiert ist. Danach hat der Arbeitgeber, der die Beendigung des Arbeitsverhältnisses begehrt und sich im Rahmen eines Kündigungsschutzverfahrens auf die Wirksamkeit der Kündigung beruft, grundsätzlich die Voraussetzungen darzulegen und zu beweisen, die die Kündigung bedingen und nach seiner Ansicht rechtfertigen.⁶¹⁷

Zu den die Kündigung bedingenden Umständen, die vom Arbeitgeber darzulegen und zu beweisen sind, gehören auch Negativtatsachen, bei deren Vorliegen die Kündigung aufgrund des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nicht als *ultima ratio* angesehen werden kann und damit unwirksam ist. Damit hat der Arbeitgeber unter anderem auch darzulegen und zu beweisen, dass keine Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten bestanden haben.⁶¹⁸

⁶¹⁶ BGH, Urteil vom 24. 2. 1993, BGHZ 121, S. 357, (364); BGH, Urteil vom 14. 1. 1991, BGHZ 113, S. 222, (224, 225); Ascheid/Preis/Schmidt/Preis, KSchR, Grundlagen J, Rn. 75; Musielak/Stadler, Grundfragen des Beweisrechts, § 13, Rn. 202; Rosenberg, Die Beweislast, § 9, S. 98 ff.

⁶¹⁷ Umfassend zur Darlegungs- und Beweislast im Kündigungsschutzverfahren nach dem KSchG Becker-Schaffner, BB 1992, S. 557, (557 ff.); der genannte Grundsatz der Darlegungs- und Beweislast gilt nach den allgemeinen Regeln auch für die außerordentliche Kündigung, deren Wirksamkeit sich nicht nach dem KSchG, sondern nach § 626 BGB bestimmt, vgl. Ascheid, Beweislastfragen, S. 198 ff.; Ascheid/Preis/Schmidt/Dörner, KSchR, § 626 BGB, Rn. 173 ff.; anders ist die Beweislastverteilung dagegen bei Kündigungen, die sich nach den allgemeinen Bestimmungen der §§ 134, 138, 242 BGB richten und nicht dem Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes unterfallen; hier ist der Arbeitnehmer darlegungs- und beweispflichtig dafür, dass die Kündigung aufgrund der genannten Vorschriften unwirksam ist, vgl. Ascheid/Preis/Schmidt/Preis, KSchR, Grundlagen J, Rn. 75; Preis, NZA 1997, S. 1256, (1268 ff.).

⁶¹⁸ So erstmalig BAG, Urteil vom 5. 8. 1976, DB 1976, S. 2307, (2308); im Anschluss daran ständige Rechtsprechung, vgl. BAG, Urteil vom 30. 5. 1978, DB 1978, S. 1790,

Angesichts der Vielzahl denkbarer Arbeitsplätze muss der Arbeitgeber den Negativbeweis fehlender Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten jedoch nicht ohne Mitwirkung des Arbeitnehmers führen. Es gilt eine abgestufte Darlegungs- und Beweislast, die auch dem Arbeitnehmer eine Erklärungslast aufbürdet.⁶¹⁹

Grundsätzlich hat diese abgestufte Darlegungs- und Beweislast zur Folge, dass der Arbeitnehmer dem pauschalen Bestreiten des Arbeitgebers hinsichtlich bestehender Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten zunächst entgegensetzen muss, welche Art von Tätigkeit in welchem Umfang er sich alternativ vorstellen kann.⁶²⁰ Der Arbeitnehmer hat konkret darzulegen, wie er sich eine Änderung des bisherigen Arbeitsplatzes oder eine anderweitige Beschäftigung zu geänderten Arbeitsbedingungen vorstellt.⁶²¹ Zudem hat der Arbeitnehmer darzulegen, dass er für die in Aussicht genommene Tä-

(1792); BAG, Urteil vom 22. 7. 1982, DB 1983, S. 179, (181); BAG, Urteil vom 29. 10. 1998, NZA 1999, S. 377, (379); BAG, Urteil vom 10. 12. 2009, 2 AZR 400/08, veröffentlicht bei Juris; dem folgend die Literatur, vgl. *Ascheid/Preis/Schmidt/Dörner*, KSchR, § 1 KSchG, Rn. 111; *Bernardi*, NZA 1999, S. 683, (684); Erfurter Kommentar/*Oetker*, § 1 KSchG, Rn. 179; *Janssen*, Das Gebot anderweitiger Beschäftigung, S. 380 ff.; KR/*Griebeling*, § 1 KSchG, Rn. 262 ff.; *Lepke*, Kündigung bei Krankheit, S. 324, Rn. 255 ff.; dieser Grundsatz der Darlegungs- und Beweislast gilt unabhängig davon, ob im Betrieb ein Betriebsrat existiert, der unter Ausübung seiner Widerspruchsrechte nach § 102 BetrVG auf Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten des betroffenen Arbeitnehmers verwiesen hat, vgl. BAG, Urteil vom 5. 8. 1976, DB 1976, S. 2307, (2308); KR/*Griebeling*, § 1 KSchG, Rn. 263.

⁶¹⁹ So BAG, Urteil vom 5. 8. 1976, a.a.O. (Fn. 618); BAG, Urteil vom 3. 2. 1977, DB 1977, S. 1320, (1320); BAG, Urteil vom 29. 10. 1998, a.a.O. (Fn. 618); BAG, Urteil vom 12. 8. 1999, NZA 1999, S. 1267, (1268); dem folgend die Literatur, vgl. *Ascheid/Preis/Schmidt/Dörner*, KSchR, § 1 KSchG, Rn. 111; *Bernardi*, NZA 1999, S. 683, (685 ff.); KR/*Griebeling*, a.a.O. (Fn. 618), Rn. 262; *Janssen*, a.a.O. (Fn. 618); *Lepke*, a.a.O. (Fn. 618).

⁶²⁰ BAG, Urteil vom 3. 2. 1977, DB 1977, S. 1320, (1320); BAG, Urteil vom 29. 10. 1998, NZA 1999, S. 377, (379); BAG, Urteil vom 12. 8. 1999, NZA 1999, S. 1267, (1268); LAG Hamm, Urteil vom 29. 3. 2006, LAGE Nr. 39 zu § 1 KSchG Krankheit; *Janssen*, a.a.O. (Fn. 618); KR/*Griebeling*, § 1 KSchG, Rn. 263, Rn. 381; *Lepke*, a.a.O. (Fn. 618), m. w. Nw.; a.A. *Ascheid*, Beweislastfragen, S. 154 ff.; die Erklärungslast des Arbeitnehmers verpflichtet allerdings nach h. M. nicht dazu, einzelne freie oder absehbar frei werdende Arbeitsplätze im Betrieb oder Unternehmen zu benennen, was daraus zu folgern ist, dass nur der Arbeitgeber einen tatsächlichen Überblick über die betrieblichen Verhältnisse hat und der Arbeitnehmer überfordert wäre, müsste er einzelne freie Arbeitsplätze im Betrieb benennen, vgl. BAG, Urteil vom 5. 8. 1976, DB 1976, S. 2307, (2308); *Lepke*, a.a.O. (Fn. 618); KR/*Griebeling*, § 1 KSchG, Rn. 381.

⁶²¹ BAG, Urteil vom 10. 12. 2009, 2 AZR 400/08, veröffentlicht bei Juris.

tigkeit persönlich und fachlich geeignet ist,⁶²² und als schwerbehinderter Arbeitnehmer, dass er trotz der bestehenden behinderungsbedingten Beeinträchtigungen in der Lage ist, den Anforderungen dieser Tätigkeit gerecht zu werden.⁶²³ Schließlich muss ein schwerbehinderter Arbeitnehmer, sollte die in Aussicht genommene Beschäftigung nur nach Vornahme von Umgestaltungsmaßnahmen oder besonderer Ausstattung des Arbeitsplatzes möglich sein, nachvollziehbar darlegen, welche Maßnahmen hierzu notwendig sind.⁶²⁴

Nach dem Vortrag des Arbeitnehmers muss der Arbeitgeber darlegen und beweisen, warum eine Beschäftigung nach den Vorstellungen des Arbeitnehmers nicht möglich ist. Unter anderem gilt es zu begründen, warum die vom Arbeitnehmer benannten, organisatorischen Veränderungen oder technischen Umgestaltungen nicht zumutbar oder mit unverhältnismäßigen Aufwendungen verbunden wären und daher nicht zur Vermeidung der Kündigung herangezogen werden können.

Die Verfahren nach § 84 SGB IX und die in ihnen vorgesehene kooperative Erörterung von Möglichkeiten zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses beeinflussen die dargestellte grundsätzliche Verteilung der Darlegungs- und Beweisführungslast der Arbeitsvertragsparteien.⁶²⁵

bb. Erhöhte Darlegungs- und Beweisführungslast des Arbeitgebers durch § 84 SGB IX

Zunächst erhöhen sich die Anforderungen an die Darlegungs- und Beweisführungslast des Arbeitgebers hinsichtlich fehlender Weiterbeschäfti-

⁶²² LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 22. 1. 2004, LAGReport 2004, S. 360, (360 ff.), allerdings in Bezug auf einen Fall, in dem der Arbeitnehmer seine behindertengerechte Beschäftigung nach § 81 Abs. 4 SGB IX eingeklagt hat; im Kündigungsverfahren kann aber wegen der abgestuften Darlegungs- und Beweislast nichts anderes gelten; *Lepke*, Kündigung bei Krankheit, S. 325, Rn. 256.

⁶²³ BAG, Urteil vom 26. 5. 1977, AP Nr. 14 zu § 102 BetrVG 1972, Blatt 240, (244); LAG Hamm, Urteil vom 29. 3. 2006, LAGE Nr. 39 zu § 1 KSchG Krankheit; *Bernardi*, NZA 1999, S. 683, (685).

⁶²⁴ BAG, Urteil vom 4. 10. 2005, BAGE 116, S. 121, (129) mit Bezug auf die Klage eines schwerbehinderten Arbeitnehmers auf Zahlung von Arbeitsentgelt, in deren Rahmen auch die Frage relevant war, ob eine behindertengerechte Weiterbeschäftigungsmöglichkeit nach § 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 4 und Nr. 5 SGB IX bestanden hätte.

⁶²⁵ Für den Fall, dass der Arbeitgeber kein BEM bzw. Präventionsverfahren durchgeführt hat, prognostiziert auch *Horcher* § 84 SGB IX zukünftig eine große Rolle bei der Verteilung der Darlegungs- und Beweislast im Rahmen von krankheitsbedingten Kündigungen, *Horcher*, RdA 2009, S. 31, (32).

gungsmöglichkeiten.⁶²⁶ Dies lässt sich aus der aktiven Rolle und besonderen Verantwortung ableiten, die das Schwerbehindertenrecht des SGB IX dem Arbeitgeber zuweist. Nach der gesetzlichen Konzeption insbesondere des § 84 SGB IX ist der Arbeitgeber verpflichtet, sich aktiv um die Eingliederung Schwerbehinderter in das Arbeitsleben zu bemühen und einer Ausgliederung möglichst frühzeitig entgegenzuwirken.

Hieraus folgt: Der Arbeitgeber muss sich mit den Einwendungen des schwerbehinderten Arbeitnehmers hinsichtlich einer möglichen Weiterbeschäftigung sachlich auseinandersetzen. Er kann sich nicht damit begnügen, die vorgeschlagenen Beschäftigungsmöglichkeiten pauschal abzulehnen und zu bestreiten, sondern muss von sich aus denkbare oder vom Arbeitnehmer bereits genannte Beschäftigungsmöglichkeiten würdigen und hierzu substantiiert vortragen.⁶²⁷ Dazu gehört auch darzulegen, warum auch ein ordnungsgemäßes Präventionsverfahren bzw. BEM keine den vorgeschlagenen oder denkbaren Alternativen entsprechende Weiterbeschäftigungsmöglichkeit ergeben hat bzw. im Falle der fehlenden Durchführung,

⁶²⁶ Eine einheitliche und eindeutige Rechtsprechung zu den Auswirkungen des § 84 SGB IX auf die Darlegungs- und Beweislast im Kündigungsschutzverfahren hat sich bisher noch nicht herausgebildet; dass Präventionsverfahren und BEM jedoch die Darlegungslast des Arbeitgebers hinsichtlich nicht bestehender Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten erhöhen, lässt sich als Grundgedanke aus der Rechtsprechung zum Beschäftigungsanspruch aus § 81 Abs. 4 SGB IX entnehmen, vgl. BAG, Urteil vom 10. 5. 2005, BAGE 114, S. 299, (299 ff.); BAG, Urteil vom 4. 10. 2005, DB 2006, S. 902, (904); so geht das BAG mit Bezug auf den Beschäftigungsanspruch aus § 81 Abs. 4 SGB IX von einer erhöhten Darlegungslast des Arbeitgebers hinsichtlich der Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung bei Missachtung des § 84 Abs. 1 SGB IX aus; dem folgend LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 10. 8. 2006, 6 Sa 218/06, veröffentlicht bei Juris; *Gagel*, Anmerkung zum Urteil des LAG Mainz vom 10. 8. 2006, 6 Sa 218/06, n.v., jurisPR-ArbR 20/2007, Anm. 3; *derselbe*, Anmerkung zum Urteil des LAG Hamm vom 7. 12. 2006, jurisPR-ArbR 22/2007 Anm. 3 (mit Bezug auf die Darlegungs- und Beweislast im Kündigungsschutzverfahren); dem folgend auch *Wortmann*, ArbRB 2009, S. 16, (18 ff.), für den Fall, dass der Arbeitgeber vor Ausspruch der Kündigung die Verfahren nach § 84 SGB IX nicht durchgeführt hat.

⁶²⁷ So das BAG, Urteil vom 10. 5. 2005, BAGE 114, S. 299, (299 ff.) mit Bezug auf die Substantiierungslast des Arbeitgebers hinsichtlich des Bestehens einer behindertengerechten Beschäftigungsmöglichkeit im Verfahren um den Anspruch aus § 81 Abs. 4 SGB IX; nunmehr mit Bezug auf § 84 Abs. 2 SGB IX: BAG, Urteil vom 12. 7. 2007, BB 2008, S. 277, (280); BAG, Urteil vom 10. 12. 2009, 2 AZR 400/08, veröffentlicht bei Juris; zustimmend *Barg*, Anmerkung zum Urteil des BAG vom 10. 5. 2005, AP Nr. 8 zu § 81 SGB IX, Bl. 521, (1026), und *Kohte*, DB 2008, S. 582, (585).

warum ein solches Verfahren entbehrlich war oder von vornherein ohne Erfolg geblieben wäre.⁶²⁸

Übertragen auf die dargestellten Grundsätze zur abgestuften Darlegungs- und Beweislast hat das folgenden Konsequenz: Trägt der Arbeitnehmer substantiiert vor, wie er sich trotz seiner eingeschränkten Leistungsfähigkeit seine Weiterbeschäftigung vorstellt und wendet er ein, im Rahmen eines Präventionsverfahrens bzw. BEM habe man Wege zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses finden können, kann sich der Arbeitgeber nicht pauschal darauf berufen, ihm seien keine entsprechenden behindertengerechten Einsatzmöglichkeiten für den Arbeitnehmer bekannt. Denn das Präventionsverfahren bzw. das BEM dient gerade dazu, dem Arbeitgeber das hierfür notwendige Wissen zu verschaffen.⁶²⁹ Daher muss der Arbeitgeber im Kündigungsschutzverfahren substantiiert darlegen, warum trotz fachkundiger Überprüfung und Beratung durch die in § 84 SGB IX genannten Stellen eine leidensgerechte Weiterbeschäftigung nicht möglich oder nicht zumutbar ist bzw. warum diese trotz der Fördermöglichkeiten des Integrationsamtes und der Rehabilitationsleistungsträger finanziell für ihn nicht tragbar wäre.⁶³⁰

⁶²⁸ Im Ergebnis so auch *Düwell*, FS Küttner, S. 139, (144), der allerdings missverständlich davon spricht, dass die Darlegungslast auf den Arbeitgeber *übergehen* müsse; *Gagel*, Anmerkung zum Urteil des LAG Mainz vom 10. 8. 2006, jurisPR-ArbR 20/2007, Anm. 3; *Gagel/Schian*, Anmerkung zum Urteil des BAG vom 7. 12. 2006, iqpr-Forum B, Diskussionsbeitrag Nr. 18/2007, S. 6, veröffentlicht im Internet unter http://www.iqpr.de/iqpr/seiten/diskussionsforen/forumb/forum-b-de.asp#B18_2007, (letzter Abruf am 12. 10. 2010).

⁶²⁹ BAG, Urteil vom 4. 10. 2005, 116, S. 121, (129, 130); LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 13. 7. 2010, 1 Sa 133/10, veröffentlicht bei Juris.

⁶³⁰ Dies lässt sich aus der Rechtsprechung des BAG mit Bezug auf den Beschäftigungsanspruch eines schwerbehinderten Arbeitnehmers aus § 81 Abs. 4 SGB IX schließen, die auch auf § 84 SGB IX übertragen werden kann, vgl. BAG, Urteil vom 10. 5. 2005, BAGE 114, S. 299, (308 ff.): Hier folgert das BAG aus der gesetzlichen Konzeption des Schwerbehindertenrechts, das dem Arbeitgeber eine aktive Rolle bei der Eingliederung Schwerbehinderter zuweist, dass der Arbeitgeber einen geltend gemachten Beschäftigungsanspruch nicht mit einer pauschalen Behauptung abwehren kann, sondern substantiiert darlegen muss, aus welchen Gründen die Beschäftigungsmöglichkeit nicht zur Verfügung steht; zustimmend auch *Barg*, Anmerkung zum Urteil des BAG vom 10. 5. 2005, AP Nr. 8 zu § 81 SGB IX, Blatt 1024, (1026); weitergehend insoweit *Düwell*, der bei Nichtbeachtung des Präventionsverfahrens durch den Arbeitgeber meint, die Darlegungslast müsse in der Weise auf den Arbeitgeber übergehen, dass er jede Beschäftigungsmöglichkeit ausschließen oder, soweit eine in Betracht kommt, darlegen muss, aus welchen Gründen sie für ihn undurchführbar oder nach § 81 Abs. 4 Satz 3 SGB IX unzumutbar

Das BAG vertritt in einer Entscheidung vom 10. Dezember 2009 weitergehend, dass diese Darlegungslast des Arbeitgebers sogar nicht erst nach einem substantiierten Vortrag des Arbeitnehmers zu alternativen Beschäftigungsmöglichkeiten besteht, sondern der Arbeitgeber bei Nichtdurchführung eines BEM im Vorfeld der Kündigung primär darlegungs- und beweisbelastet sei.⁶³¹ Der Arbeitgeber müsse, so das BAG, von sich aus denkbare oder vom Arbeitnehmer (außergerichtlich) bereits genannte Alternativen würdigen und im Einzelnen darlegen, aus welchen Gründen sowohl eine Anpassung des bisherigen Arbeitsplatzes an den für den Arbeitnehmer zuträgliche Arbeitsbedingungen als auch die Beschäftigung auf einem anderen leidensgerechten Arbeitsplatz ausscheide. Erst dann sei es Sache des Arbeitnehmers, sich hierauf substantiiert einzulassen und darzulegen, wie er sich selbst eine leidensgerechte Beschäftigung vorstelle.⁶³²

Neben dieser zutreffend vom BAG vertretenen Verschiebung der Darlegungs- und Beweislast im Hinblick auf fehlende Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten muss sich die Darlegungslast bei Nichtdurchführung eines Präventionsverfahrens oder BEM noch in einem weiteren Punkt zu Lasten des Arbeitgebers modifizieren. Vom Arbeitnehmer vorgeschlagene Umgestaltungsmaßnahmen am Arbeitsplatz oder in der Arbeitsorganisation können vom Arbeitgeber ebenfalls nicht mit dem pauschalen Hinweis auf unververtretbare Aufwendungen bzw. unzumutbare Belastungen abgelehnt werden. Auch hier hat der Arbeitgeber substantiiert darzulegen, woraus sich die Unzumutbarkeit ergibt; u. a. muss der Arbeitgeber also darlegen, warum die im Präventionsverfahren bzw. BEM zu erörternden finanziellen Fördermöglichkeiten von Integrationsamt oder Rehabilitationsleistungsträgern nicht hätten weiterhelfen können.⁶³³

Hat der Arbeitgeber entgegen seiner Verpflichtung aus § 84 SGB IX kein Präventionsverfahren bzw. BEM durchgeführt, wird ihm ein derart substantiiertes Vortrag in der Regel schwer gelingen. Ihm wird regelmäßig ohne Einschaltung der in § 84 SGB IX genannten Stellen das notwendige Wissen

wäre, vgl. *Düwell*, FS Küttner, S. 139, (144); wie hier auch *Arnold/Fischinger*, BB 2007, S. 1894, (1897); mit Bezug auf betriebsbedingte Kündigungsgründe wie hier auch GK-SGB IX/*Lampe* Band 3, § 85 SGB IX, Rn. 165.

⁶³¹ BAG, Urteil vom 10. 12. 2009, AZR 400/08, veröffentlicht bei Juris.

⁶³² BAG, a.a.O. (Fn. 631).

⁶³³ Ähnlich *Faber*, allerdings nur in Bezug auf das betriebliche Eingliederungsmanagement nach § 84 Abs. 2 SGB IX, vgl. *Faber*, AiB 2006, S. 553, (556).

fehlen, um seiner qualifizierten Darlegungslast gerecht werden zu können.⁶³⁴

In der Regel wird daher der Arbeitgeber schon mangels hinreichender Substantiierung seiner Einwendungen im Kündigungsschutzverfahren unterliegen, weil es letztlich der Arbeitgeber ist, der zu beweisen hat, dass die Kündigung tatsächlich *ultima ratio* gewesen ist und auch unter Ausschöpfung der Möglichkeiten des Präventionsverfahrens bzw. BEM keine Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten bestanden haben.

Etwas anderes kann nur dann angenommen werden, wenn der Arbeitgeber darlegen und beweisen kann, dass das Präventionsverfahren entbehrlich oder von vornherein aussichtslos war und nicht zur Vermeidung der Kündigung hätte beitragen können.⁶³⁵ Präventionsverfahren und BEM sind jedoch, wie im Zusammenhang mit den Anwendungsvoraussetzungen des § 84 SGB IX festgestellt, nur in wenigen Ausnahmefällen als entbehrlich⁶³⁶ und – wegen der Ergebnisoffenheit des Verfahrens – auch nur selten als von vornherein aussichtslos anzusehen.⁶³⁷

⁶³⁴ Diese Einschätzung teilen auch einige Vertreter in der Literatur, vgl. *Bogun*, Anmerkung zum Urteil des BAG vom 7. 12. 2006, AuR 2007, S. 276, (277); *Düwell*, FS Küttner, S. 139, (144); *Gagel*, Anmerkung zum Urteil des LAG Hamm vom 7. 12. 2006, jurisPR-ArbR 22/2007, Anm. 3, mit dem Hinweis auf die mangelnde Vorhersehbarkeit der im Präventionsverfahren sich ergebenden Möglichkeiten und Kompromisse; *Kohte*, DB 2008, S. 582, (585); *Wortmann*, ArbRB 2009, S. 16, (18).

⁶³⁵ Mit Bezug auf § 84 Abs. 1 SGB IX insoweit *Düwell*, FS Küttner, S. 139, (144); *Gagel*, Anmerkung zum Urteil des LAG Hamm vom 7. 12. 2006, jurisPR-ArbR 22/2007, Anm. 3; mit Bezug auf § 84 Abs. 2 SGB IX *Wortmann*, a.a.O. (Fn. 634), S. 16, (17).

⁶³⁶ Als entbehrlich erweist sich z. B. das Präventionsverfahren bei einer erheblichen Vertragspflichtverletzung des schwerbehinderten Arbeitnehmers, welche auch eine Abmahnung im Sinne der Rechtsprechung des BAG entbehrlich macht, vgl. hierzu die Ausführungen unter: Zweiter Teil, C., IV., 5.; auch die Änderungskündigung erfordert unter Umständen kein Präventionsverfahren, vgl. die Ausführungen unter: Zweiter Teil, C., IV., 3.

⁶³⁷ So auch *Gagel*, Anmerkung zum Urteil des LAG Hamm vom 7. 12. 2006, jurisPR-ArbR 22/2007, Anm. 3., mit dem zutreffenden Hinweis, dass bei einem Verfahren, an dem mehrere Akteure beteiligt sind und bei dem Unterstützungsleistungen in Betracht kommen, nur schwer vorauszusagen ist, was an anderen Wegen und Kompromissen zur Kündigung gefunden werden kann; aussichtslos wäre ein BEM etwa dann, wenn der schwerbehinderte Arbeitnehmer überhaupt nicht mehr arbeitsfähig ist, also seine geschuldete Arbeitsleistung auch nach einer Reduzierung der Arbeitszeit oder einer Umverteilung der Aufgaben voraussichtlich nicht mehr wird erbringen können; zum Teil wird für die Darlegung der Erfolglosigkeit des BEM u. U. auch schon für ausreichend gehalten, dass der Arbeitgeber darlegt, dass dem Arbeitnehmer verschiedene andere Tätigkeiten angeboten worden sind, die dieser sämtlich abgelehnt

Daher lässt sich jedenfalls für den Regelfall feststellen, dass es dem Arbeitgeber wegen der ihn treffenden qualifizierten Darlegungs- und Beweislast im Kündigungsschutzverfahren nur schwer gelingen wird, bei einem unterbliebenen Präventionsverfahren bzw. BEM das Gericht von der Unvermeidbarkeit der Kündigung zu überzeugen. Die Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung durch das Gericht wäre die Folge.

cc. Auswirkung einer positiven Entscheidung des Integrationsamtes im Rahmen des Zustimmungsverfahrens nach § 85 SGB IX

Allerdings muss man sich in diesem Zusammenhang die Frage stellen, ob sich eine positive Entscheidung des Integrationsamtes im Rahmen des Zustimmungsverfahrens nach § 85 SGB IX beweis erleichternd zugunsten des Arbeitgebers auswirken kann.

In Rechtsprechung und Literatur wird im Zusammenhang mit § 84 Abs. 1 SGB IX zum Teil vertreten, das Zustimmungsverfahren nach § 85 SGB IX könne nicht unberücksichtigt bleiben. Sei das Integrationsamt nach *eingehender Prüfung* zu dem Ergebnis gelangt, dass die Zustimmung zur Kündigung zu erteilen sei, könne nur bei Vorliegen besonderer Anhaltspunkte davon ausgegangen werden, dass ein Präventionsverfahren die Kündigung hätte verhindern können.⁶³⁸ Welche beweisrechtliche Konsequenz dies haben soll, lässt die Rechtsprechung jedoch offen. Begründet es einen Anscheinsbeweis oder zumindest eine tatsächliche Vermutung, dass ein Präventionsverfahren bzw. ein BEM die Kündigung nicht hätte vermeiden können, wenn das Integrationsamt trotz Missachtung des § 84 SGB IX der Kündigung ausdrücklich zugestimmt hat? Oder kann die Zustimmung des Integrationsamtes sogar eine Beweislastumkehr bewirken mit der Fol-

hat oder bei deren Ausführung er gescheitert ist, vgl. *Wortmann*, ArbRB 2009, S. 16, (17).

⁶³⁸ BAG, Urteil vom 7. 12. 2006, DB 2007, S. 1089, (1090); BAG, Urteil vom 8. 11. 2007, NZA 2008, S. 471, (472); LAG Schleswig-Holstein, Urteil vom 17. 11. 2005, br 2006, S. 170, (170 ff.), zur Zustimmung des Integrationsamtes trotz fehlendem betrieblichen Eingliederungsmanagements nach § 84 Abs. 2 SGB IX; LAG Nürnberg, Urteil vom 21. 6. 2006, BB 2006, S. 2362, (2364); LAG Hamm, Urteil vom 23. 3. 2009, 8 Sa 313/08, veröffentlicht bei Juris; dem BAG folgend *Arnold/Fischinger*, BB 2007, S. 1894, (1896 ff.); ähnlich auch *Bogun*, der meint, die vorgenommene Abwägung im Verfahren der Zustimmung indiziere, dass auch die Durchführung eines Präventionsverfahrens nicht zu einer Weiterbeschäftigung geführt hätte, vgl. *Bogun*, Anmerkung zum Urteil des BAG vom 7. 12. 2006, AuR 2007, S. 276, (278); dem BAG folgend *Powietzka*, BB 2007, S. 2118, (2119 ff.); in diesem Sinne auch *Wortmann*, ArbRB 2009, S. 16, (18).

ge, dass nunmehr der Arbeitnehmer im Kündigungsschutzverfahren den Beweis dafür zu erbringen hat, dass ein Präventionsverfahren bzw. BEM zumutbare Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten hätte aufdecken und die Kündigung verhindern können?⁶³⁹

Zur Beantwortung dieser Fragen muss man sich zunächst darüber Klarheit verschaffen, warum der Zustimmungsentscheidung des Integrationsamtes überhaupt eine derartige beweisrechtliche Wirkung zugeschrieben werden könnte. Dies ergibt sich, wie auch den Ausführungen des BAG entnommen werden kann,⁶⁴⁰ aus dem Prüfungsauftrag, den das Integrationsamt in dem Verfahren nach § 85 SGB IX hat.

Das Integrationsamt hat in dem Verfahren nach § 85 SGB IX die Aufgabe, sicherzustellen, dass der Arbeitgeber vor Ausspruch der Kündigung alle Möglichkeiten, die Kündigung zu vermeiden und den Arbeitsplatz des Schwerbehinderten zu erhalten, ausgeschöpft hat. Bei schwerbehinderten Arbeitnehmern gilt es insbesondere auch die Vorgaben aus § 81 Abs. 4 und Abs. 5 SGB IX zu beachten. Das Integrationsamt muss sich vergewissern, ob vor Ausspruch der Kündigung etwa die Schaffung eines Teilzeitarbeitsplatzes, eine Versetzung oder die behindertengerechte Ausstattung des Arbeitsplatzes erwogen worden sind.⁶⁴¹ Hierzu gehört es dem Grunde nach auch, sich zu vergewissern, ob der Arbeitgeber ein Präventionsverfah-

⁶³⁹ So wohl *Arnold/Fischinger*, BB 2007, S. 1894, (1896, 1897), die meinen, dass der Arbeitnehmer infolge der Vermutung vortragen und beweisen müsse, dass eine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit bestanden habe und welche Umgestaltungsmaßnahmen hätten ergriffen werden können; ähnlich offensichtlich auch *Gagel*, allerdings nur für den Fall, dass das Verfahren des Integrationsamtes erkennbar den Anforderungen des § 84 Abs. 1 SGB IX entsprochen hat, das heisst das Präventionsverfahren nachgeholt hat, vgl. *Gagel*, iqpr-Forum B, Diskussionsbeitrag Nr. 18/2007, S. 5, veröffentlicht im Internet unter http://www.iqpr.de/iqpr/seiten/diskussionsforen/forumb/forum-b-de.asp#B18_2007, (letzter Abruf am 12. 10. 2010); ähnlich auch *Bogun*, der meint, bei einer Zustimmung des Integrationsamtes trotz fehlendem Präventionsverfahren sei der Arbeitnehmer im Kündigungsschutzverfahren darlegungs- und beweisbelastet, besondere Anhaltspunkte für die Unrichtigkeit der Zustimmungsentscheidung vorzubringen, vgl. *Bogun*, Anmerkung zum Urteil des BAG vom 7. 12. 2006, AuR 2007, S. 276, (278); undeutlich, aber wohl eine Beweislastumkehr befürwortend auch *Powietzka*, BB 2007, S. 2118, (2120).

⁶⁴⁰ Das BAG betont insoweit, dass es sich bei dem Zustimmungsverfahren um ein geordnetes Verfahren zur Prüfung der Rechte des schwerbehinderten Arbeitnehmers handele, dessen Entscheidung in mehreren Instanzen nachgeprüft werden könne, vgl. BAG, Urteil vom 7. 12. 2006, DB 2007, S. 1089, (1090).

⁶⁴¹ GK-SGB IX/*Lampe*, Band 3, § 85 SGB IX, Rn. 46.

ren bzw. BEM durchgeführt hat, weil dieses ja gerade darauf ausgerichtet ist, im Vorfeld der Kündigung möglichst frühzeitig nach allen in Betracht kommenden Möglichkeiten zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu suchen.⁶⁴²

Wegen dieses Prüfungsauftrages ist es gerechtfertigt, mit der Zustimmungssentscheidung des Integrationsamtes nach § 85 SGB IX im Kündigungsschutzverfahren die tatsächliche Vermutung zu verbinden, dass ein Präventionsverfahren bzw. BEM grundsätzlich die Kündigung nicht hätte vermeiden können, weil man davon ausgehen kann, dass das Integrationsamt der Kündigung ansonsten widersprochen hätte.⁶⁴³ Dies kann jedenfalls dann gelten, wenn der Zustimmung des Integrationsamtes eine *eingehende Prüfung* des Sachverhaltes vorausgegangen ist.⁶⁴⁴

⁶⁴² Der Arbeitgeber, der kein Präventionsverfahren bzw. BEM durchgeführt hat, geht das Risiko ein, dass sich das Integrationsamt nicht überzeugt zeigen wird, dass der Arbeitgeber tatsächlich alle Möglichkeiten geprüft hat, um die Kündigung zu vermeiden; die Nichteinhaltung der Präventionspflichten begründet eine tatsächliche Vermutung, dass dies nicht geschehen ist, vgl. die Ausführungen unter: Dritter Teil, C., V., 2., c.; weitergehend, aber in dieselbe Richtung *Gagel/Schian*, die meinen, es könne keine Zustimmung zur Kündigung erteilt werden, wenn vorher kein Verfahren nach § 84 SGB IX durchgeführt worden sei; das Integrationsamt müsse die Anträge auf Zustimmung zur Kündigung nutzen, § 84 SGB IX zur Wirksamkeit zu bringen, vgl. *Gagel/Schian*, br 2007, S. 121, (121 ff.); *dieselben*, iqpr-Forum B, Diskussionsbeitrag Nr. 18/2007, S. 5, veröffentlicht im Internet unter http://www.iqpr.de/iqpr/seiten/diskussionsforen/forumb/forum-b-de.asp#B18_2007, (letzter Abruf am 12. 10. 2010); zu beachten ist, dass die von *Gagel/Schian* vertretene These bisher nicht gesetzlich verankert ist; es gibt keine gesetzliche oder untergesetzliche Norm, die dem Integrationsamt vorgibt, die Einhaltung des § 84 SGB IX im Rahmen des Zustimmungsverfahrens nach § 85 SGB IX sicherzustellen; ferner entspricht es gegenwärtig noch nicht der ständigen Verwaltungspraxis der Integrationsämter, bei einem unterbliebenen Präventionsverfahren den Antrag auf Zustimmung zurückzuweisen, vgl. *Kayser*, br 2008, S. 65, (65 ff.); *Zorn*, br 2006, S. 42, (44).

⁶⁴³ So das BAG mit Bezug auf § 84 Abs. 1 SGB IX, das der Überzeugung ist, dass bei einer Zustimmung des Integrationsamtes nach § 85 SGB IX nur bei Vorliegen besonderer Anhaltspunkte davon ausgegangen werden kann, dass das Präventionsverfahren die Kündigung hätte verhindern können, vgl. BAG, Urteil vom 7. 12. 2006, DB 2007, S. 1089, (1090); ähnlich LAG Nürnberg, Urteil vom 21. 6. 2006, BB 2006, S. 2362, (2364); ähnlich *Bogun*, der meint, die vorgenommene Abwägung im Verfahren der Zustimmung indiziere, dass auch die Durchführung eines Präventionsverfahrens nicht zu einer Weiterbeschäftigung geführt hätte, vgl. *Bogun*, AuR 2007, S. 276, (278).

⁶⁴⁴ So auch *Wortmann*, der die Vermutungswirkung einer positiven Zustimmungssentscheidung des Integrationsamtes zutreffenderweise ablehnt, wenn die Zustimmung aufgrund Zeitablaufs nach § 91 Abs. 3 Satz 2 SGB IX fingiert wird, vgl. *Wortmann*, ArbRB 2009, S. 16, (19).

Es fragt sich aber, wie diese Vermutung beweisrechtlich eingeordnet werden kann.

Ausgeschlossen werden muss jedenfalls eine Beweislastumkehr zugunsten des Arbeitgebers, mit der Folge, dass der Arbeitnehmer den vollen Beweis dafür erbringen müsste, dass ein Präventionsverfahren bzw. BEM die Kündigung hätte vermeiden können. Denn eine Beweislastumkehr stellt, soweit sie nicht ausdrücklich gesetzlich angeordnet ist, eine Abweichung von der vorgeschriebenen Beweislastverteilung und damit methodisch eine richterliche Rechtsfortbildung dar.⁶⁴⁵ Als solche kommt sie nur in seltenen Ausnahmefällen in Betracht, in denen eine Abweichung von der normativ vorgesehenen Beweislastverteilung zwingend notwendig erscheint.⁶⁴⁶

Eine derartige Notwendigkeit lässt sich zugunsten des beweisbelasteten Arbeitgebers im dem hier interessierenden Fall aber nicht feststellen. Der Arbeitgeber wird, angesichts seines tatsächlichen Einblicks in die betrieblichen Verhältnisse, nicht derart gravierende Beweisschwierigkeiten haben, dass der Nachweis der Erfolglosigkeit oder Entbehrlichkeit des Präventionsverfahrens bzw. BEM sich für ihn als nahezu unmöglich darstellt. Selbst wenn dies aber der Fall sein sollte, darf nicht unberücksichtigt bleiben, dass der Arbeitgeber seine mögliche Beweisnot selbst zu verantworten hat. Denn es liegt in seiner Hand, die von § 84 SGB IX vorgegebenen Verfahren durchzuführen und dadurch das Risiko zu vermeiden, nicht nachweisen zu können, dass auch ein solches Verfahren keine Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten ergeben hätte.

Zudem wäre es unbillig, dem Arbeitnehmer dieses Beweisrisiko anzulasten. Der Arbeitnehmer hat – anders als der Arbeitgeber – regelmäßig nur wenig Einblick in die gesamtbetrieblichen Verhältnisse. Er wird nur schwer beurteilen können, welche Umgestaltungen in organisatorischer und finanzieller Hinsicht im Betrieb überhaupt in Betracht kommen, um seine behindertengerechte Weiterbeschäftigung zu ermöglichen.⁶⁴⁷

Eine Beweislastumkehr würde daher praktisch dazu führen, dass der Arbeitnehmer wegen der geschilderten Schwierigkeiten den Nachweis, dass ein Präventionsverfahren bzw. BEM die Kündigung hätte vermeiden kön-

⁶⁴⁵ *Laumen*, NJW 2002, S. 3739, (3742).

⁶⁴⁶ Münchener Kommentar ZPO/*Prütting*, § 286, Rn. 123; Musielak/*Foerste*, ZPO, § 286 ZPO, Rn. 37; *Prütting*, Gegenwartsprobleme der Beweislast, S. 20 ff.

⁶⁴⁷ Ähnlich auch das BAG in Zusammenhang mit dem Beschäftigungsanspruch aus § 81 Abs. 4 SGB IX, vgl. BAG, Urteil vom 4. 10. 2005, BAGE 116, S. 121, (129, 130).

nen, in der Regel nicht erbringen könnte und daher im Kündigungsschutzverfahren unterliegen würde, wenn das Integrationsamt – möglicherweise auch zu Unrecht – der Kündigung zugestimmt hat.⁶⁴⁸ Daher ist es sachgerecht, das Risiko der Nichterweislichkeit der Erfolglosigkeit bzw. Entbehrlichkeit eines Präventionsverfahrens bzw. BEM beim Arbeitgeber zu belassen und auch bei einer positiven Entscheidung des Integrationsamtes nach § 85 SGB IX keine Umkehr der normativ vorgesehenen Beweislast vorzunehmen.⁶⁴⁹

Jedoch bleibt zu prüfen, ob dem Arbeitgeber durch die Zustimmung des Integrationsamtes im Verfahren nach § 85 SGB IX nicht zumindest Beweiserleichterungen zu Gute kommen können.

Genauer gesagt stellt sich hier die Frage, ob die Zustimmung des Integrationsamtes einen Anscheinsbeweis dahingehend begründen kann, dass ein Präventionsverfahren bzw. BEM, wäre es denn durchgeführt worden, die Kündigung nicht hätte vermeiden können, bzw., dass ein Präventionsverfahren bzw. BEM in dem zu entscheidenden Fall entbehrlich gewesen ist.

Konsequenz eines solchen Anscheinsbeweises wäre, dass der Arbeitgeber davon befreit wäre, anhand der tatsächlichen Umstände des Einzelfalles darlegen und beweisen zu müssen, dass ein Präventionsverfahren bzw. BEM ohne Erfolg geblieben wäre bzw. entbehrlich gewesen ist. Stattdessen würde, um beim Gericht die notwendige Überzeugung von der Erfolglosigkeit bzw. Entbehrlichkeit des Präventionsverfahrens bzw. BEM zu bewirken, schon der Nachweis genügen, dass das Integrationsamt nach eingehender Prüfung im Verfahren nach § 85 SGB IX der Kündigung zugestimmt hat. Es wäre dann Sache des Arbeitnehmers, diese Überzeugung zu erschüttern. Der Arbeitnehmer müsste – wie es das BAG formuliert – *besondere Anhaltspunkte* darlegen und beweisen, um die dem ersten Anschein nach bestehende Vermutung der Erfolglosigkeit bzw. Entbehrlich-

⁶⁴⁸ Ähnlich auch *Arnold/Fischinger*, die meinen, dem Arbeitnehmer werde im Prozess ohne vorheriges BEM bzw. Präventionsverfahren *nur schwerlich* gelingen, anderweitige Beschäftigungsmöglichkeiten sowie zumutbare Umgestaltungsmaßnahmen darzulegen und zu beweisen, vgl. *Arnold/Fischinger*, BB 2007, S. 1894, (1896 ff.).

⁶⁴⁹ a.A. *Arnold/Fischinger*, a.a.O. (Fn. 648), S. 1894, (1896, 1897), *Bogun*, Anmerkung zum Urteil des BAG vom 7. 12. 2006, AuR 2007, S. 276, (278), *Gagel*, iqpr-Forum B, Diskussionsbeitrag Nr. 18/2007, S. 5, veröffentlicht im Internet unter http://www.iqpr.de/iqpr/seiten/diskussionsforen/forumb/forum-b-de.asp#B18_2007, (letzter Abruf am 12. 10. 2010); *Powietzka*, BB 2007, S. 2118, (2120).

keit des Präventionsverfahrens bzw. BEM zumindest in Zweifel zu ziehen.⁶⁵⁰

Gegen die Annahme eines derartigen Anscheinsbeweises bei Vorliegen einer Zustimmungsentscheidung des Integrationsamtes sprechen indes mehrere Gründe. Diese werden deutlich, wenn man sich die Voraussetzungen vergegenwärtigt, die gemeinhin an die Begründung eines Anscheinsbeweises gestellt werden.⁶⁵¹

Nach allgemeiner Ansicht ist Voraussetzung für die Annahme eines Anscheinsbeweises das Vorliegen eines gemeinhin gültigen Erfahrungssatzes, der dem Richter ohne weitere Sachverhaltsaufklärung den Schluss von einer festgestellten Tatsache auf das Vorliegen einer anderen Tatsache erlaubt.⁶⁵² Der Erfahrungssatz, auf den sich der Anscheinsbeweis gründet, muss dabei derart tragfähig sein, dass er die richterliche Überzeugung vom Vorliegen der fraglichen Tatsache auch ohne Würdigung aller Umstände des Einzelfalles begründen kann. Die Rechtsprechung verlangt hierfür, dass sich der Erfahrungssatz auf einen immer wiederkehrenden, typischen Geschehensablauf stützt.⁶⁵³ In der Literatur findet sich überwiegend der An-

⁶⁵⁰ Der Arbeitnehmer müsste hier nicht den vollen Beweis des Gegenteils erbringen, also nicht etwa darlegen und beweisen, dass ein Präventionsverfahren bzw. BEM sehr wohl die Kündigung hätte vermeiden können, sondern nur einen Gegenbeweis erbringen, durch den das Gericht die Überzeugung gewinnen würde, dass im konkreten Fall die Möglichkeit eines abweichenden und damit untypischen Geschehensablaufes bestanden hat, vgl. allgemein zur Darlegungslast bei Behauptung eines abweichenden Geschehensverlaufs: *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, ZPO, Anh § 286, Rn. 18; *Engels*, Der Anscheinsbeweis der Kausalität, S. 13; *Faber*, Die arbeitsschutzrechtlichen Grundpflichten, S. 449; Münchener Kommentar ZPO/*Prütting*, § 286 ZPO, Rn. 65.

⁶⁵¹ Zur Rechtsfigur des Anscheinsbeweises weiterführend: *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, ZPO, Anh § 286, Rn. 15 ff.; *Putzo/Reichold*, ZPO, § 286, Rn. 12 ff.

⁶⁵² *Anzinger*, S. 85 ff.; *Musielak/Stadler*, Grundfragen des Beweisrechts, S. 83 ff.; *Rommé*, Der Anscheinsbeweis, S. 5 ff.; *Schneider*, Beweis und Beweiswürdigung, § 19, Rn. 322 ff.

⁶⁵³ Der Geschehensablauf ist nach Ansicht der Rechtsprechung als typisch zu bezeichnen, wenn er so sehr das Gepräge des Üblichen und Gewöhnlichen trägt, dass die besonderen Umstände des Einzelfalles in ihrer Bedeutung zurücktreten, vgl. BGH, Urteil vom 18. 3. 1987, BGHZ 100, S. 214, (216); BGH, Urteil vom 4. 5. 1988, BGHZ 104, S. 256, (259); BGH, Urteil vom 5. 3. 2002, NJW 2002, S. 1643, (1645); so auch *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, ZPO, Anh § 286 ZPO, Rn. 16; *Fabricius*, Einstellung der Arbeitsleistung, S. 184.

satz, der Erfahrungssatz müsse mit einem besonders hohen Grad an Wahrscheinlichkeit für die festzustellende Tatsache sprechen.⁶⁵⁴

Legt man diese Voraussetzungen zu Grunde, ist schon zweifelhaft, ob sich aus der Zustimmungentscheidung des Integrationsamtes im Verfahren nach § 85 SGB IX überhaupt ein Erfahrungssatz ableiten lässt, der als Grundlage für einen Anscheinsbeweis herangezogen werden kann. Denn bei den anerkannten Anwendungsfällen des Anscheinsbeweises bilden die Grundlage für eine Vermutung des ersten Anscheins stets feststehende Tatsachen, die ohne rechtliche Wertung festgestellt werden können.⁶⁵⁵ Bei der Zustimmungentscheidung des Integrationsamtes handelt es sich dagegen um eine Ermessensentscheidung, die das Ergebnis einer subjektiven Bewertung ist.⁶⁵⁶

Wenn an diese Entscheidung prima facie die Vermutung der Entbehrlichkeit bzw. Erfolglosigkeit des Präventionsverfahrens bzw. BEM geknüpft wird, ist dies kein Rückschluss von einer feststehenden Tatsache, sondern die Auslegung der Ermessensentscheidung in einem bestimmten Sinne.

⁶⁵⁴ Ein Großteil der Literatur teilt die für einen Anscheinsbeweis tauglichen Erfahrungssätze überwiegend in sogenannte Erfahrungsgesetze, Erfahrungsgrundsätze und einfache Erfahrungssätze ein; nur die Erfahrungsgrundsätze sollen, wegen ihres hohen Grades an Wahrscheinlichkeit, einen Anscheinsbeweis begründen können, während die Erfahrungsgesetze zu stark, die einfachen Erfahrungssätze zu schwach für die Anscheinsbeweismführung seien, vgl. ausführlich hierzu *Anzinger*, S. 90 ff.; grundlegend *Hainmüller*, Der Anscheinsbeweis, S. 26 ff.; Münchener Kommentar/*Prütting*, ZPO, § 286 ZPO, Rn. 56 ff.; *Prütting*, Gegenwartsprobleme der Beweislast, S. 106 ff.

⁶⁵⁵ Als Beispiel sei der klassische Fall des Auffahrunfalls genannt: Hier wird von der Tatsache, dass ein Fahrzeugführer auf ein vorausfahrendes Fahrzeug aufgefahren ist, auf das Verschulden dieses Fahrzeugführers geschlossen, vgl. OLG DD, Urteil vom 29. 9. 2005, NJW 2006, S. 1073, (1073); Münchener Kommentar ZPO/*Prütting*, § 286, Rn. 74; genauso ist es im Arzthaftungsrecht: auch hier wird von Tatsachen, zum Beispiel bestimmten Behandlungsfehlern und den daraufhin eintretenden Verletzungsfolgen auf die Sorgfaltswidrigkeit des behandelnden Arztes geschlossen, vgl. Münchener Kommentar ZPO/*Prütting*, § 286, Rn. 68.

⁶⁵⁶ Dies ergibt sich daraus, dass das Präventionsverfahren bzw. BEM keine formelle Wirksamkeitsvoraussetzung für die Zustimmung des Integrationsamtes ist, die Zustimmung also nicht zwingend ohne jede weitere Sachverhaltsaufklärung zu versagen ist, wenn kein Präventionsverfahren bzw. BEM durchgeführt wurde; vielmehr ist die Zustimmung zur Kündigung trotz fehlenden Präventionsverfahrens bzw. BEM das Ergebnis einer subjektiven Abwägung, bei der das Integrationsamt zu dem Schluss gekommen ist, dass eine Kündigung unvermeidbar ist und das Arbeitsverhältnis des schwerbehinderten Arbeitnehmers auch bei Durchführung eines Präventionsverfahrens bzw. BEM nicht hätte erhalten werden können, vgl. die Ausführungen unter: Dritter Teil, C., V.

Selbst wenn man aber davon ausgehen sollte, dass sich auch für Ermessensentscheidungen einer Behörde bestimmte Erfahrungssätze aufstellen lassen, kann der Zustimmungsentscheidung des Integrationsamtes nicht die für einen Anscheinsbeweis notwendige Typizität und Tragfähigkeit zugesprochen werden. Denn es gibt keine gesetzliche Regelung oder allgemeine Verwaltungsvorschrift, die dem Integrationsamt im Rahmen des Zustimmungsverfahrens eine bestimmte Entscheidungspraxis im Hinblick auf ein unterbliebenes Verfahren nach § 84 SGB IX vorschreibt.⁶⁵⁷ Auch in tatsächlicher Hinsicht lässt sich keine ermessenslenkende ständige Verwaltungspraxis der Integrationsämter feststellen, nach der man typischerweise davon ausgehen könnte, dass bei einem fehlenden Präventionsverfahren bzw. BEM die Zustimmung nur dann erteilt wird, wenn das jeweilige Verfahren entbehrlich war oder keinen Erfolg gebracht hätte.⁶⁵⁸ Vielmehr liegt es im freien Ermessen des jeweiligen Integrationsamtes, ob es bei einem unterbliebenen Präventionsverfahren bzw. BEM der Kündigung zustimmt oder seine Zustimmung verweigert. Die Zustimmungsentscheidung ist dabei das Ergebnis einer individuellen Abwägung der Einzelfallumstände, bei der erfahrungsgemäß wegen der Individualität eines jeden Falles völlig verschiedene, besonders eigene Gesichtspunkte die Entscheidung des Integrationsamtes beeinflussen können.⁶⁵⁹

⁶⁵⁷ So ist weder § 84 SGB IX noch den §§ 85 ff. SGB IX zu entnehmen, dass bei Nichtdurchführung des Präventionsverfahrens bzw. BEM die Zustimmung zur Kündigung zu versagen ist, vgl. hierzu schon die Ausführungen unter: Dritter Teil, C., V.; ferner gibt es – soweit ersichtlich – keine Verwaltungsvorschriften (interne Richtlinien oder Erlasse), in denen geregelt ist, in welcher Weise das Integrationsamt zu entscheiden hat, wenn ein Präventionsverfahren bzw. BEM nicht durchgeführt wurde.

⁶⁵⁸ Vgl. die vom Bundesverband der Integrationsämter und Hauptfürsorgestellen (BIH) herausgegebenen Handlungsempfehlungen zum betrieblichen Eingliederungsmanagement, S. 21 ff., veröffentlicht im Internet unter http://www.integrationsaemter.de/files/599/BEM_2008_LVR_2_.pdf, (letzter Abruf am 3. 10. 2010); so auch *Zorn*, br 2006, S. 42, (44), mit Bezug auf die Entscheidungspraxis der Integrationsämter bei einem unterlassenen betrieblichen Eingliederungsmanagement nach § 84 Abs. 2 SGB IX.

⁶⁵⁹ Ähnlich ist dies in Fällen sonstiger individueller Ereignisse, bei denen die individuelle Entscheidungsfreiheit maßgeblich ist, beispielsweise bei bestimmten Willensentschlüssen, die von jedem Menschen nach verschiedenen, ihm besonders eigenen Motiven gefasst werden; die Annahme einer den Anscheinsbeweis begründenden Typizität derartiger individueller Vorgänge kommt nach Ansicht der Rechtsprechung grundsätzlich nicht in Betracht, vgl. BGH, Urteil vom 7. 10. 1980, VersR 1981, S. 1153, (1153): Kein Anscheinsbeweis für individuelle Verhaltensweisen; BGH, Urteil vom 30. 9. 1993, BGHZ 123, S. 311, (314 ff.): Kein

Wegen dieser Individualität der Entscheidung kann der Zustimmung des Integrationsamtes die für den Anscheinsbeweis notwendige Typizität nicht zugesprochen werden. Zwar mag – angesichts des Prüfungsauftrages nach § 85 SGB IX – eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür sprechen, dass das Integrationsamt einer Kündigung bei einem unterbliebenen Präventionsverfahren bzw. BEM nur dann zustimmt, wenn auch das Präventionsverfahren oder BEM die Kündigung nicht hätte vermeiden können. Diese einfache Wahrscheinlichkeit reicht jedoch nicht aus, um einen Anscheinsbeweis zugunsten des Arbeitgebers zu begründen.⁶⁶⁰

Im Ergebnis kann die Zustimmung des Integrationsamtes daher nur eine tatsächliche Vermutung begründen, dass das vom Arbeitgeber nicht durchgeführte Präventionsverfahren bzw. BEM erfolglos oder entbehrlich gewesen wäre und die Kündigung nicht hätte vermeiden können.

Diese Vermutung führt indes nicht zu einer Beweiserleichterung zugunsten des Arbeitgebers, sondern ist vom Gericht lediglich als ein Indiz für die Erfolglosigkeit oder Entbehrlichkeit des Präventionsverfahrens bzw. BEM im Rahmen der Beweiswürdigung zu berücksichtigen.⁶⁶¹ Dem Arbeitgeber obliegt es daher, will er das Risiko eines Prozessverlustes minimieren, weitere Umstände vorzutragen, die die Entbehrlichkeit bzw. Erfolglosigkeit des unterbliebenen Präventionsverfahrens bzw. BEM belegen.⁶⁶²

Anscheinsbeweis für beratungsgemäßes Verhalten eines Mandanten; BGH, Urteil vom 5. 3. 2002, NJW 2002, S. 1643, (1645); Kein Anscheinsbeweis für die vorsätzliche Verwirklichung einer Straftat; BGH, Urteil vom 18. 5. 2006, DB 2006, S. 2004, (2005 ff.); Anscheinsbeweis für beratungsgemäßes Verhalten; *Anzinger*, S. 35, 36 und S. 86 ff.; *Schneider*, Beweis und Beweiswürdigung, § 21, Rn. 356.

⁶⁶⁰ a.A. wohl *Bogun*, der davon ausgeht, dass die vorgenommene Abwägung im Verfahren der Zustimmung indiziert, dass auch die Durchführung eines Präventionsverfahrens nicht zu einer Weiterbeschäftigung geführt hätte; der Arbeitnehmer sei darlegungs- und beweisbelastet, besondere Anhaltspunkte für die Unrichtigkeit der Zustimmungsentscheidung vorzubringen, vgl. *Bogun*, AuR 2007, S. 276, (278); diese Aussagen deuten stark auf die Annahme eines Anscheinsbeweises zugunsten des Arbeitgebers.

⁶⁶¹ Vgl. zur Abgrenzung von Anscheinsbeweis und Indizienbeweis *Anzinger*, S. 72 ff.

⁶⁶² Für die Entbehrlichkeit kann der Arbeitgeber insoweit zum Beispiel das gravierende Fehlverhalten des Arbeitnehmers darlegen; für die Erfolglosigkeit kann der Arbeitgeber beispielsweise Tatsachen benennen, die erkennen lassen, dass der Arbeitnehmer in keinem Fall hätte weiterbeschäftigt werden können, weil er zum Beispiel nicht einmal leichteste Tätigkeiten hätte ausführen können.

dd. Erleichterungen der Darlegungs- und Beweisführungslast des Arbeitnehmers bei Nichtbeachtung der Pflichten aus § 84 SGB IX

Die Nichtdurchführung der in § 84 SGB IX normierten Verfahren vor Anspruch einer Kündigung bringt umgekehrt auch Erleichterungen für die Darlegungs- und Beweisführungslast des Arbeitnehmers im Kündigungsschutzverfahren mit sich.

Hat der Arbeitgeber kein Präventionsverfahren bzw. BEM im Vorfeld der Kündigung durchgeführt, kann dem Arbeitnehmer im Kündigungsschutzverfahren insoweit nicht abverlangt werden, zu notwendigen Umgestaltungsmaßnahmen oder einer besonderen Ausstattung seines Arbeitsplatzes mit technischen Hilfsmitteln vorzutragen. Denn dem schwerbehinderten Arbeitnehmer fehlt regelmäßig das notwendige Wissen, um zutreffend beurteilen zu können, welche Maßnahmen notwendig sind, um eine behindertengerechte Beschäftigungsmöglichkeit im Betrieb zu schaffen.⁶⁶³ Da ihm der Arbeitgeber durch Missachtung der Präventionsverpflichtung auch die Gelegenheit genommen hat, sich im Rahmen der Erörterungen nach § 84 SGB IX in zumutbarer Weise das notwendige Wissen zu verschaffen, muss der Arbeitnehmer hier zumindest teilweise von seiner sekundären Darlegungslast befreit werden.⁶⁶⁴

⁶⁶³ So auch das BAG im Hinblick auf die Darlegungslast des Arbeitnehmers bei der Geltendmachung des Beschäftigungsanspruches aus § 81 Abs. 4 SGB IX, wenn der Arbeitgeber kein Präventionsverfahren durchgeführt hat, vgl. BAG, Urteil vom 4. 10. 2005, BAGE 116, S. 121, (129 ff.).

⁶⁶⁴ Dies entspricht der zu § 138 Abs. 1 und 2 ZPO entwickelten Rechtsprechung, wonach dem Gegner der primär darlegungsbelasteten Partei eine sekundäre Darlegungslast auferlegt wird, wenn die darlegungspflichtige Partei keine nähere Kenntnis der maßgebenden Tatsachen besitzt, während der Prozessgegner sie hat und ihm nähere Angaben zumutbar sind, vgl. BAG, Urteil vom 20. 11. 2003, NZA 2004, S. 489, (492); BAG, Urteil vom 10. 5. 2005, BAGE 114, S. 299, (309); BAG, Urteil vom 4. 10. 2005, BAGE 116, S. 121, (130); hierzu auch *Janssen*, Das Gebot anderweitiger Beschäftigung, S. 381 ff.; dem Arbeitgeber ist bei Missachtung der Präventionsverpflichtung aus § 84 SGB IX ein entsprechendes Wissen über die behinderungsgerechte Einrichtung oder Umgestaltung eines Arbeitsplatzes zu unterstellen, weil er durch die Nichtbeachtung des § 84 SGB IX selbst zu verantworten hat, dass er ein entsprechendes Wissen nicht hat, vgl. BAG, Urteil vom 4. 10. 2005, BAGE 116, S. 121, (129 ff.); ähnlich auch die Rechtsprechung des BAG zu einer konzernweiten Weiterbeschäftigungspflicht: Nach Ansicht des BAG sind an die Darlegungslast des Arbeitnehmers hinsichtlich etwaiger Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten geringere Anforderungen zu stellen, wenn es um Beschäftigungsmöglichkeiten in anderen Konzernunternehmen geht, weil der Arbeitnehmer in der Regel keine hinreichenden Kenntnisse über das andere Konzernunternehmen hat, vgl. BAG, Urteil vom 10. 1. 1994, AP Nr. 8 zu § 1 KSchG 1969, Konzern, Bl. 1532,

Dem Arbeitnehmer obliegt es danach im Kündigungsschutzverfahren nur noch, nach einem pauschalen Bestreiten des Arbeitgebers hinsichtlich bestehender Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten zu seiner verbliebenen Leistungsfähigkeit vorzutragen sowie zu den Beschäftigungsmöglichkeiten, die seiner Ansicht nach seiner Leistungsfähigkeit und Eignung entsprechen würden. Darüberhinaus genügt der Einwand, bei der Durchführung eines Präventionsverfahrens bzw. BEM hätten unter Berücksichtigung seiner dargelegten Fähigkeiten Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten im Betrieb ermittelt werden können.

Die Nichtdurchführung eines Präventionsverfahrens bzw. BEM im Vorfeld der Kündigung begründet darüberhinaus eine zugunsten des Arbeitnehmers streitende, tatsächliche Vermutung dahingehend, dass der Arbeitgeber vor Ausspruch der Kündigung nicht alle Möglichkeiten zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses ausgeschöpft und entsprechend bestehende Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten unentdeckt geblieben sind.⁶⁶⁵ Diese Vermutung erschwert umgekehrt den Nachweis des Arbeitgebers, dass keine Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten bestanden haben und die Kündigung tatsächlich *ultima ratio* gewesen ist.

Wie bereits dargestellt,⁶⁶⁶ wird diese Vermutung durch den Erfahrungssatz begründet, dass der Arbeitgeber selbst regelmäßig nicht das notwendige Fachwissen hat, um alle behindertengerechten Einsatzmöglichkeiten eines leistungsgewandelten schwerbehinderten Arbeitnehmers aufzudecken.⁶⁶⁷ Über das notwendige Fachwissen wird vielmehr regelmäßig nur das beim Integrationsamt angesiedelte Fachpersonal verfügen. Dieser Erfahrungssatz liegt auch der gesetzlichen Konzeption des § 84 SGB IX zugrunde, der gerade den Zweck verfolgt, den Arbeitgeber vor Ausspruch einer Kündigung zur Konsultation mit dem Fachpersonal des Integrationsamtes zu bewegen, um mit diesem wirklich alle Möglichkeiten der Weiterbeschäftigung des schwerbehinderten Arbeitnehmers zu prüfen.⁶⁶⁸

(1535); BAG, Urteil vom 21. 1. 1999, AP Nr. 9 zu § 1 KSchG 1969 Konzern, Bl. 1092, (1097).

⁶⁶⁵ Ähnlich *Diwells*, Jahrbuch des Arbeitsrechts, Band 43, S. 91, (103).

⁶⁶⁶ Vgl. die Ausführungen zur Auswirkung eines unterbliebenen Präventionsverfahrens bzw. BEM auf die Zustimmungsentscheidung des Integrationsamtes nach § 85 SGB IX unter: Dritter Teil, C., V.

⁶⁶⁷ Ähnlich das BAG, das der Auffassung ist, ein entsprechendes Wissen könne dem Arbeitgeber zumindest nicht unterstellt werden, vgl. BAG, Urteil vom 4. 10. 2005, BAGE 116, S. 121, (130).

⁶⁶⁸ So auch das BAG, Urteil vom 4. 10. 2005, a.a.O. (Fn. 667).

In beweisrechtlicher Hinsicht begründet die zugunsten des schwerbehinderten Arbeitnehmers streitende Vermutung allerdings nur ein Indiz dahingehend, dass die Kündigung nicht *ultima ratio* und damit unwirksam ist. Ein Anscheinsbeweis, wonach bei Missachtung des § 84 SGB IX prima facie vermutet wird, dass nicht alle Möglichkeiten ausgeschöpft wurden, das Arbeitsverhältnis zu erhalten, und, dass Möglichkeiten zur Vermeidung der Kündigung bestanden haben, die der Arbeitgeber aber ungenutzt gelassen hat, wird hierdurch nicht begründet.⁶⁶⁹

Aus dem Gegenstand von Präventionsverfahren und BEM lässt sich kein tragfähiger, einen Anscheinsbeweis rechtfertigender Erfahrungssatz ableiten, der besagt, dass bei Durchführung der Verfahren im Vorfeld der Kündigung typischerweise und ganz überwiegend Möglichkeiten zur Vermeidung der Kündigung und zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses gefunden werden. Denn beide Verfahren sind ergebnisoffen ausgestaltet, das heißt überlassen es grundsätzlich der Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers, ob er die erörterten Möglichkeiten auch nutzen möchte. Ferner steht es im Belieben der Betriebsparteien, festzulegen, welche Möglichkeiten zur Vermeidung der Kündigung im Rahmen der Verfahren konkret erörtert werden. Ob die Erörterung erfolgsversprechend verläuft und eine Kündigung bei Durchführung der Verfahren vermieden werden kann, hängt zudem maßgeblich von den Umständen des Einzelfalles ab. U. a. ist hier entscheidend, inwieweit die Parteien ihrer besonderen Verantwortung gegenüber schwerbehinderten Menschen gerecht werden, zu welchen Veränderungen der betroffene Arbeitnehmer bereit ist und wie schwerwiegend die Beeinträchtigungen im laufenden Arbeitsverhältnis sind.

Es gibt somit keinen tragfähigen Erfahrungssatz, der besagt, dass bei Beachtung der Interventionspflichten aus § 84 SGB IX eine Kündigung stets oder zumindest nach überwiegender Wahrscheinlichkeit vermieden werden kann und stattdessen Möglichkeiten zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses gefunden und auch genutzt werden. Dass dies durchaus wahrscheinlich

⁶⁶⁹ a.A. offenbar *Düwell*, der der Ansicht ist, dass der Arbeitgeber die Vermutung widerlegen muss, dass bei rechtzeitiger Einschaltung der Interessenvertretungen und Durchführungsstellen Möglichkeiten bestanden hätten, die Kündigung zu vermeiden, wenn der schwerbehinderte Arbeitnehmer das Unterbleiben des Präventionsverfahrens rügt; der Arbeitgeber, so *Düwell*, habe insoweit den Beweis des Gegenteils zu führen, vgl. *Düwell*, Jahrbuch des Arbeitsrechts, Band 43, S. 91, (103); diese Ausführungen zur Darlegungslast des Arbeitgebers lassen auf die Annahme eines Anscheinsbeweises schließen; eine Begründung für diesen Ansatz fehlt jedoch.

ist, reicht für die Annahme eines Anscheinsbeweises nicht aus. Umgekehrt kann somit auch die Nichtbeachtung der Interventionspflichten aus § 84 SGB IX im Vorfeld der Kündigung keinen Anscheinsbeweis dahingehend begründen, dass der Arbeitgeber nicht alle Möglichkeiten ausgeschöpft hat, das Arbeitsverhältnis zu erhalten, und dass Möglichkeiten zur Vermeidung der Kündigung bestanden haben, die der Arbeitgeber aber ungenutzt gelassen hat.

Der schwerbehinderte Arbeitnehmer kann sich daher im Rahmen des Kündigungsschutzverfahrens nicht darauf beschränken, zur Darlegung der Unwirksamkeit der Kündigung vorzutragen, dass ein an sich erforderliches Präventionsverfahren bzw. BEM nicht durchgeführt wurde. Vielmehr muss der Arbeitnehmer auch weiterhin zu seiner verbliebenen Leistungsfähigkeit vortragen sowie zu den Beschäftigungsmöglichkeiten, die seiner Ansicht nach seiner Leistungsfähigkeit und Eignung entsprechen würden. Darüberhinaus ist der Einwand erforderlich, aber auch ausreichend, bei der Durchführung eines Präventionsverfahrens bzw. BEM hätten, unter Berücksichtigung seiner dargelegten Fähigkeiten, Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten im Betrieb ermittelt werden können.

ee. Ergebnis

Bei Nichtdurchführung der Verfahren nach § 84 SGB IX im Vorfeld der Kündigung besteht ein hohes Risiko des Arbeitgebers, dass die Kündigung in einem sich anschließenden Kündigungsschutzverfahren von dem mit der Sache befassten Gericht nicht als *ultima ratio* und damit als unwirksam erachtet wird. Dies folgt zum einen aus dem für Kündigungen geltenden allgemeinen Verhältnismäßigkeitsprinzip, welches durch die Verfahren nach § 84 SGB IX konkretisiert wird, zum anderen aus der Darlegungs- und Beweisführungslast der Arbeitsvertragsparteien im Kündigungsschutzprozess.

Die Darlegungs- und Beweisführungslast wird bei Missachtung des § 84 SGB IX zum Nachteil des Arbeitgebers modifiziert und bringt ein empfindliches Beweisrisiko des Arbeitgebers mit sich, nicht nachweisen zu können, dass auch ein Präventionsverfahren bzw. BEM die Kündigung nicht hätte vermeiden können. Diese Auswirkungen im Kündigungsschutzverfahren dürften ein zusätzlicher Anreiz für den Arbeitgeber sein, zumindest im Vorfeld der Kündigung ein Präventionsverfahren bzw. BEM nach den Vorgaben des § 84 SGB IX durchzuführen. Damit erhöhen sich wieder

rum die Chancen, dass die Kündigung tatsächlich vermieden und der Arbeitsplatz des schwerbehinderten Arbeitnehmers erhalten werden kann. Im Ergebnis stärken somit die dargestellten Rechtsfolgen einer Nichtbeachtung des § 84 SGB IX die Effektivität der von der Vorschrift verfolgten Kündigungsprävention.

D. Gesamtergebnis zur Effektivität der §§ 81 Abs. 4, Abs. 5, 84 SGB IX im Hinblick auf das Ziel der Kündigungsprävention

Gegenstand des dritten Teils der Arbeit war die Bewertung der praktischen Wirksamkeit der §§ 81 Abs. 4, Abs. 5, 84 SGB IX, das heißt die Beantwortung der Frage, ob und inwieweit die genannten Vorschriften effektiv dazu beitragen können, dass die von ihnen bezweckte kündigungspräventive Wirkung eintritt und arbeitgeberseitige Kündigungen vermieden werden. Zur Beantwortung dieser Fragestellung wurde wegen der fehlenden empirischen Erkenntnisse im Bereich der §§ 81, 84 SGB IX eine umfassende Rechtsfolgenbetrachtung vorgenommen. Ausgangspunkt dieser Rechtsfolgenbetrachtung war dabei die These, dass die Einhaltung der genannten Vorschriften und damit deren praktische Wirksamkeit umso eher gewährleistet ist, je mehr Durchsetzungsmöglichkeiten gegenüber dem Arbeitgeber bestehen bzw. je einschneidender die Folgen der Nichtbeachtung der Vorschriften für das Kündigungsrecht des Arbeitgebers sind.

Als Gesamtergebnis dieser Rechtsfolgenbetrachtung kann festgehalten werden, dass die kündigungspräventive Wirkung des § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX einerseits und des § 84 Abs. 1 und Abs. 2 SGB IX andererseits nach der gegenwärtigen Rechtslage von unterschiedlicher Effektivität ist und damit auch die praktische Wirksamkeit der genannten Vorschriften von unterschiedlichem Gewicht ist.

Als effektivste Vorschrift kann im Ergebnis die Regelung des § 84 Abs. 2 SGB IX angesehen werden. Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung haben über den Erörterungsanspruch nach § 84 Abs. 2 Satz 6 SGB IX die Möglichkeit, auch gegen den Willen des Arbeitgebers die Durchführung eines BEM zu erzwingen. Bei einer groben Missachtung der Norm besteht darüber hinaus die Möglichkeit des Betriebsrates, den Arbeitgeber auf Grundlage des § 23 Abs. 3 BetrVG zur Beachtung seiner Interventionsverpflichtung anzuhalten.

Anders ist dies im Bereich der §§ 81 Abs. 4, Abs. 5, 84 Abs. 1 SGB IX. Bezüglich der in §§ 81 Abs. 4, Abs. 5, 84 Abs. 1 SGB IX normierten Pflichten besteht kein kollektivrechtlicher Durchführungsanspruch der betrieblichen Interessenvertretungen, weder auf Grundlage der Normen selbst noch auf Grundlage des § 23 Abs. 3 BetrVG. Dadurch entsteht im Verhältnis zu § 84 Abs. 2 SGB IX ein erhebliches Durchsetzungsdefizit auf der betrieblichen Ebene. Dieses Durchsetzungsdefizit begründet die Gefahr, dass die von den Vorschriften gerade angestrebte möglichst frühzeitige Intervention durch den Arbeitgeber im noch nicht kündigungsbedrohten Arbeitsverhältnis nicht erfolgt und damit eine wesentliche Zielsetzung der Normen – nämlich dem Entstehen von Kündigungsgründen schon im Ansatz vorzubeugen – nicht erreicht werden kann.

In Bezug auf die besonderen Beschäftigungspflichten aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX kann dieses Defizit allerdings abgemildert werden. Der Betriebsrat kann hier über seine Mitbestimmungsrechte aus § 87 BetrVG den Abschluss von Betriebsvereinbarungen im Zusammenhang mit den Pflichten aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX erzwingen. Auf Grundlage derartiger Betriebsvereinbarungen kann der Betriebsrat zwar nicht bestimmte Einzelmaßnahmen zugunsten schwerbehinderter Arbeitnehmer durchsetzen, wohl aber die organisatorischen Rahmenbedingungen für eine behinderten- und fähigkeitsgerechte Beschäftigung Schwerbehinderter im Betrieb durchsetzen. Hierüber kann der Betriebsrat beispielsweise erreichen, dass eine regelmäßige Überprüfung der zugunsten Schwerbehinderter bestehenden Arbeitsplätze im Hinblick auf einen möglichen Anpassungs- oder Umstrukturierungsbedarf erfolgt.

In Bezug auf § 84 SGB IX kann der Abschluss entsprechender Betriebsvereinbarungen mangels des Bestehens erzwingbarer Mitbestimmungsrechte dagegen nicht erzwungen, sondern nur im Einvernehmen mit dem Arbeitgeber erreicht werden. Auch das spezifische Regelungsinstrument der Integrationsvereinbarung hilft hier nicht weiter. Denn auch die Integrationsvereinbarung kann nicht gegen den Willen des Arbeitgebers im Betrieb etabliert werden.

Insbesondere im Bereich des Präventionsverfahrens, in dem Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung, anders als im Bereich des BEM, keinen kollektivrechtlichen Durchführungsanspruch haben, können die

betrieblichen Interessenvertretungen daher wenig zur betrieblichen Umsetzung der Vorgaben aus § 84 Abs. 1 SGB IX beitragen, weshalb diese Regelung für das Ziel der Kündigungsprävention auch als am wenigsten effektiv anzusehen ist.

Die Auswirkungen, die eine Nichtbeachtung der Pflichten aus §§ 81 Abs. 4, Abs. 5, 84 SGB IX auf das Kündigungsrecht des Arbeitgebers haben kann, führen zu keiner abweichenden Bewertung.

Denn – mit Ausnahme der vorsätzlichen Missachtung der Pflichten aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX – führt weder die Missachtung der besonderen Beschäftigungspflichten aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX noch die der Interventionspflichten aus § 84 SGB IX unmittelbar zum Ausschluss des arbeitgeberseitigen Kündigungsrechts. Die genannten Vorschriften sind keine formellrechtliche Wirksamkeitsvoraussetzung für die Kündigung eines schwerbehinderten Arbeitnehmers.

Eine Nichtbeachtung der präventiven Pflichten kann lediglich mittelbar zu Einschränkungen des Kündigungsrechts des Arbeitgebers führen. Diese Einschränkungen ergeben sich daraus, dass sowohl im Zustimmungsverfahren vor dem Integrationsamt als auch in einem Kündigungsschutzverfahren die Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung unter Anwendung des allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes wahrscheinlich ist, wenn der Arbeitgeber die Bestimmungen der §§ 81, 84 SGB IX vor Ausspruch der Kündigung nicht beachtet hat. Begründet wird diese Wahrscheinlichkeit nicht zuletzt aus der zum Nachteil des Arbeitgebers modifizierten Beweislast, die dem Arbeitgeber im Kündigungsschutzverfahren bei Nichtdurchführung eines Präventionsverfahrens bzw. BEM erhebliche Schwierigkeiten beim Nachweis fehlender Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten des schwerbehinderten Menschen bereiten kann. Dies kann dazu führen, dass der Arbeitgeber wegen der fehlenden Zustimmung des Integrationsamtes bzw. infolge einer negativen Entscheidung des Arbeitsgerichts an der Umsetzung seiner Kündigungsentscheidung gehindert und zur Weiterbeschäftigung des schwerbehinderten Arbeitnehmers verpflichtet wird.

Trotz der genannten mittelbaren Auswirkungen auf das Kündigungsrecht des Arbeitgebers bleibt die praktische Wirksamkeit der §§ 81, 84 SGB IX, insbesondere die des § 84 Abs. 1 SGB IX im Hinblick auf die Prävention arbeitgeberseitiger Kündigungen im Ergebnis eingeschränkt.

Diese Feststellung ergibt sich daraus, dass die betrieblichen Interessenvertreter, ungeachtet der Reaktionsmöglichkeiten von Integrationsamt und

Arbeitsgericht, im Vorfeld auf innerbetrieblicher Ebene keine Möglichkeit haben, die Beachtung der §§ 81 Abs. 4, Abs. 5, 84 Abs. 1 SGB IX durchzusetzen oder den Vollzug der arbeitgeberseitigen Kündigungsentscheidung zu verhindern. So können Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung sich zwar infolge der Nichtbeachtung der §§ 81, 84 SGB IX gegen eine beabsichtigte Kündigungsentscheidung aussprechen. Den Vollzug dieser Entscheidung können sie aber mangels des Bestehens eines vorbeugenden Unterlassungsanspruchs nicht verhindern.

In der Praxis wirkt sich diese eingeschränkte Durchsetzungsmöglichkeit von Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung insbesondere in den ersten sechs Monaten der Beschäftigung eines schwerbehinderten Arbeitnehmers sowie im Kleinbetrieb aus. In diesen Fallkonstellationen findet nämlich nach § 1 Abs. 2, 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG das Kündigungsschutzgesetz und auch der aus dem allgemeinen Verhältnismäßigkeitsprinzip abzuleitende ultima ratio-Grundsatz keine Anwendung.⁶⁷⁰ Da Anknüpfungspunkt der einschränkenden Wirkung der Nichtbeachtung der §§ 81, 84 SGB IX auf das Kündigungsrecht des Arbeitgebers aber der ultima ratio-Grundsatz ist, führt dies im Ergebnis zu einem weitgehend uneingeschränkten Kündigungsrecht des Arbeitgebers bei Kündigungen innerhalb der ersten sechs Monate der Beschäftigung und im Kleinbetrieb.⁶⁷¹

In den ersten sechs Monaten der Beschäftigung kommt hinzu, dass auch das Integrationsamt dem Arbeitgeber die Umsetzung seiner Kündigungsentscheidung wegen Missachtung der Vorgaben aus §§ 81, 84 SGB IX nicht verwehren kann. Der Zustimmung des Integrationsamtes zur Kündigung bedarf es insoweit gemäß § 90 Abs. 1 Nr. 1 SGB IX erst nach Ablauf der ersten sechs Monate der Beschäftigung.

Für Arbeitgeber in Kleinbetrieben und während der ersten sechs Monate der Beschäftigung bliebe es somit im Ergebnis bei einer Sanktionslosigkeit der Nichtbeachtung der präventiven Bestimmungen des SGB IX. Dies gilt jedenfalls wenn und soweit der Arbeitgeber seine Pflichten nicht vorsätz-

⁶⁷⁰ So die herrschende Meinung in Rechtsprechung und Literatur, vgl. BAG, Urteil vom 21. 2. 2001, EzA § 242 BGB 2002 Kündigung Nr. 2, S. 1, (6 ff., 8); BAG, Urteil vom 22. 5. 2003, AP Nr. 18 zu § 1 KSchG 1969, Wartezeit Nr. 18, Bl. 26, (31); BAG, Urteil vom 24. 1. 2008, NZA-RR 2008, S. 405, (405 ff.); BAG, Urteil vom 28. 6. 2007, NZA 2007, S. 1049, (1052, 1053); Ascheid/Preis/Schmidt/Preis, KSchR, Grundlagen J, Rn. 57; Mohr, br 2008, S. 34, (50); Stahlhacker/Preis/Vossen/Preis, 1. Abschnitt, § 13, Rn. 317; v. Hoyningen-Huene/Linck, KSchG, § 1, Rn. 204.

⁶⁷¹ So auch Dau/Düwell/Haines/Düwell, Sozialgesetzbuch IX, § 81, Rn. 34.

lich missachtet hat und nicht billigend in Kauf genommen hat, dass es zu einer arbeitsbedingten Beeinträchtigung der Leistungsfähigkeit des schwerbehinderten Arbeitnehmers kommen kann. Die Effektivität der von den §§ 81, 84 SGB IX angestrebten Kündigungsprävention muss deshalb in diesen Fallkonstellationen als besonders gering angesehen werden.

Vierter Teil: Einfluss der Benachteiligungsverbote des AGG auf die Effektivität der §§ 81 Abs. 4, Abs. 5, 84 SGB IX

Angesichts der festgestellten, eingeschränkten Effektivität der §§ 81 Abs. 4, Abs. 5, 84 SGB IX im Hinblick auf die Prävention arbeitgeberseitiger Kündigungen soll im vierten Teil der Arbeit untersucht werden, ob die Benachteiligungsverbote des AGG wegen einer Behinderung, die über den Verweis in § 81 Abs. 2 Satz 2 SGB IX auch für schwerbehinderte Arbeitnehmer zur Anwendung gelangen, einen positiven Einfluss auf die Effektivität der Vorschriften aus dem SGB IX haben. Wie in der Einleitung bereits dargestellt wurde, bilden den Ausgangspunkt der nachfolgenden Untersuchung drei verschiedene Ansatzpunkte.

In einem ersten Schritt (nachfolgend unter A.) ist der Frage nachzugehen, ob sich die Nichtbeachtung der Pflichten aus §§ 81 Abs. 4, Abs. 5 und 84 SGB IX selbst als eine Form der unzulässigen Benachteiligung Schwerbehinderter im Sinne des AGG einstufen lässt. In diesem Fall wäre der Arbeitgeber im Falle der Nichtbeachtung der Vorschriften nicht nur von den allgemeinen, im dritten Teil der Arbeit näher dargestellten Rechtsfolgen betroffen, sondern zusätzlich von den besonderen Sanktionsmechanismen des AGG.⁶⁷² Dies würde die Wahrscheinlichkeit erhöhen, dass Arbeitgeber die Vorgaben aus §§ 81 Abs. 4, Abs. 5, 84 SGB IX beachten, um sich nicht dem Vorwurf einer Benachteiligung Schwerbehinderter sowie möglichen Entschädigungsforderungen ausgesetzt zu sehen. Ein derart verhaltenssteuernder Effekt der Benachteiligungsverbote wäre insbesondere anzunehmen, wenn die Missachtung der §§ 81 Abs. 4, Abs. 5, 84 SGB IX nach den Vorgaben des AGG die Unwirksamkeit einer nachfolgend ausgesprochenen, arbeitgeberseitigen Kündigung zur Folge hätte.⁶⁷³

Sollte sich die Nichtbeachtung der §§ 81 Abs. 4, Abs. 5, 84 SGB IX selbst nicht als Form der Benachteiligung Schwerbehinderter im Sinne des AGG

⁶⁷² Als solche zusätzlichen Sanktionsmechanismen zu nennen sind hier etwa die Regelungen des § 15 AGG zu Schadensersatz und Entschädigung oder die Möglichkeit des Betriebsrates bzw. einer im Betrieb vertretenen Gewerkschaft, bei groben Verstößen des Arbeitgebers gegen das AGG, gemäß § 23 Abs. 3 Satz 1 BetrVG gegen den Arbeitgeber vorzugehen.

⁶⁷³ Zur dogmatischen Herleitung der Unwirksamkeits- bzw. Nichtigkeitfolge allgemein Erfurter Kommentar/*Schlachter*, AGG, § 7, Rn. 3.

einordnen lassen, soll in einem zweiten Schritt (nachfolgend unter B. I.) untersucht werden, ob sich die Nichtbeachtung der Vorschriften zumindest auf der Rechtfertigungsebene einer unzulässigen Benachteiligung zu Lasten des Arbeitgebers auswirken kann. Hier geht es darum aufzuzeigen, dass die ungünstigere Behandlung eines schwerbehinderten Arbeitnehmers vom Arbeitgeber in bestimmten Fallgestaltungen nicht nach § 8 Abs. 1 AGG mit dem Hinweis auf dessen fehlende Fähigkeit zur Ausübung der wesentlichen Arbeitsplatzfunktionen gerechtfertigt werden kann, wenn er zuvor die Möglichkeiten aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 und aus § 84 SGB IX ungenutzt gelassen hat.

Abschließend (nachfolgend unter B. II.) soll schließlich untersucht werden, ob die Nichtbeachtung der Vorgaben aus §§ 81 Abs. 4, Abs. 5 und 84 SGB IX in beweisrechtlicher Hinsicht auf der Tatbestandsebene eine Vermutung dahingehend begründen kann, dass ein benachteiligendes Verhalten des Arbeitgebers, wie etwa die Kündigung, aus diskriminierenden Motiven erfolgt ist.

Ließe sich dies feststellen, wäre darüber hinaus die Frage zu beantworten, welche Rechtsfolgen sich hieran knüpfen. Insbesondere ist der Frage nachzugehen, ob eine diskriminierende Motivlage des Arbeitgebers zur Unwirksamkeit einer Kündigung führen kann, wenn ansonsten sachliche Gründe für die Kündigung gegeben sind (nachfolgend unter B. III.). Sollte das allgemeine Kündigungsschutzrecht nach § 1 Abs. 2 KSchG bzw. §§ 138, 242, 626 BGB diese Fallgestaltung nicht erfassen, wird es auch um die Frage gehen, ob dann das AGG anwendbar ist. In diesem Zusammenhang ist zu untersuchen, ob die Bereichsausnahme nach § 2 Abs. 4 AGG, wonach für Kündigungen ausschließlich die Bestimmungen zum allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz gelten, eine Anwendung des AGG bei Kündigungen ausschließt. Auch diese Fragen sind entscheidend für die Effektivität der §§ 81 Abs. 4, Abs. 5 und 84 SGB IX im Hinblick auf das Ziel der Kündigungsprävention, berücksichtigt man den bereits erwähnten, verhaltenssteuernden Effekt der Sanktionsmechanismen des AGG.

A. Die Nichtbeachtung der Pflichten aus §§ 81 Abs. 4, Abs. 5, 84 SGB IX als Form der Benachteiligung schwerbehinderter Arbeitnehmer

Nach Maßgabe der europäischen Richtlinie 2000/78/EG des Rates zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf vom 27. November 2000 (im Folgenden Rahmenrichtlinie genannt) sowie nach Maßgabe des deutschen AGG, das die Umsetzung der Rahmenrichtlinie in deutsches Recht bezweckt,⁶⁷⁴ werden von dem Begriff der Behindertendiskriminierung verschiedene Formen verbotener Benachteiligung erfasst.

Nach § 81 Abs. 2 Satz 2 SGB IX i.V.m. § 3 AGG ist dem Arbeitgeber zum einen die unmittelbare Benachteiligung, zum anderen die mittelbare Benachteiligung eines schwerbehinderten Arbeitnehmers untersagt. Ferner gelten die Anweisung zu einer der genannten Benachteiligungen sowie die Belästigung als unzulässige Benachteiligung im Sinne des Gesetzes.

Diese Differenzierung entspricht – auf den ersten Blick betrachtet – den Vorgaben der Rahmenrichtlinie, die in Art. 2 den Begriff der verbotenen Diskriminierung dahingehend bestimmt, dass es keine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung wegen eines der von der Richtlinie erfassten, verpönten Merkmale geben darf.⁶⁷⁵

Es fragt sich, ob die Nichtvornahme bestimmter, von § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX geforderter Vorkehrungen zur Gewährleistung einer behinderten- und fähigkeitsgerechten Beschäftigung bzw. die Nichtdurchführung der in § 84 SGB IX normierten Verfahren einem der genannten Benachteiligungstatbestände des § 3 AGG zugeordnet werden kann.

⁶⁷⁴ Vgl. für § 81 SGB IX die Begründung zum Entwurf eines Sozialgesetzbuches-Neuntes Buch- (SGB IX) Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen vom 16. 1. 2001, BT-DS 14/5074, S. 113; für das AGG vgl. die Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung vom 8. 6. 2006, BT-DS 16/1780, S. 1 ff.; vgl. ferner zur Entstehungsgeschichte des AGG *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, S. 5 ff.

⁶⁷⁵ Der in der Rahmenrichtlinie verwendete Begriff der Diskriminierung ist nach dem allgemeinen Sprachgebrauch gleich zu setzen mit dem Begriff der Benachteiligung; der Begriff Diskriminierung ist abzuleiten von dem lateinischen Wort *discrimen* oder *discriminatio* und wird im *Duden - Fremdwörterbuch* definiert als *durch unterschiedliche Behandlung benachteiligen, zurücksetzen*, vgl. *Duden-Fremdwörterbuch*, Stichwort *diskriminieren*.

I. Unmittelbare Benachteiligung

Zur Beantwortung der vorhergehenden Frage ist es notwendig, den Begriff der unmittelbaren sowie mittelbaren Benachteiligung näher zu bestimmen. Insoweit kann auf die gesetzlichen Regelungen des AGG zurückgegriffen werden, die in Anlehnung an die Rahmenrichtlinie in § 3 Abs. 1 und Abs. 2 AGG den Begriff der unmittelbaren sowie mittelbaren Benachteiligung definieren.⁶⁷⁶

Eine unmittelbare Benachteiligung liegt danach vor, wenn eine Person wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes – unter anderen also wegen einer Behinderung – eine weniger günstige Behandlung erfährt als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. Das Verbot unmittelbarer Benachteiligung gibt dem Arbeitgeber mit anderen Worten die formale Gleichbehandlung aller vergleichbaren Arbeitnehmer vor und zwingt ihn zur Außerachtlassung der in § 1 AGG aufgezählten Merkmale, unter anderem einer Behinderung.⁶⁷⁷ Gleiches gilt über den Verweis aus § 81 Abs. 2 Satz 2 SGB IX auch für das Merkmal der Schwerbehinderung.

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze lässt sich die Nichtvornahme bestimmter, nach § 81 Abs. 4 und Abs. 5 SGB IX erforderlicher Maßnahmen bzw. die Außerachtlassung der in § 84 SGB IX normierten Verfahren nicht unter den Tatbestand der unmittelbaren Benachteiligung wegen einer Schwerbehinderung subsumieren. Einem Arbeitgeber, der einem schwerbehinderten Arbeitnehmer die behindertengerechte Anpassung seines Arbeitsplatzes verweigert, kann insoweit nicht der Vorwurf formaler Ungleichbehandlung gemacht werden. Es ist ja gerade die formale Gleichbehandlung aller Arbeitnehmer in Bezug auf die Arbeitsbedingungen sowie die ablehnende Haltung des Arbeitgebers, bei dem schwerbehinderten Arbeitnehmer eine Sonderregelung zu treffen, die zur Benachteiligung des Schwerbehinderten führt. Eine weniger günstige Behandlung in dem Sinne,

⁶⁷⁶ Abweichend von der Rahmenrichtlinie wird lediglich der Begriff *Benachteiligung* statt *Diskriminierung* verwandt; nach der Gesetzesbegründung soll damit deutlich gemacht werden, dass nicht jede unterschiedliche Behandlung, die mit der Zufügung eines Nachteils verbunden ist, einen diskriminierenden Charakter hat, vgl. die Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung, BR-DS 329/06, S. 33.

⁶⁷⁷ Das Verbot der unmittelbaren Benachteiligung nach dem AGG folgt damit der Tradition der klassischen Gleichheitsformel, Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln, vgl. Schiek/*Schiek*, AGG, Einl., Rn. 51.

dass der schwerbehinderte Arbeitnehmer gegenüber einer anderen, vergleichbaren Person zurückgesetzt wird oder ihm ein Vorteil vorenthalten wird, der anderen gewährt wird, lässt sich nicht feststellen. Gleiches gilt, wenn es der Arbeitgeber grundsätzlich ablehnt, ein Präventionsverfahren durchzuführen, oder er sich grundsätzlich nicht bereit zeigt, gegenüber Arbeitnehmern, die länger als sechs Wochen arbeitsunfähig gewesen sind, ein BEM einzuleiten. Auch insoweit fehlt es an einer formalen Ungleichbehandlung, selbst wenn das Verhalten des Arbeitgebers faktisch zu einem Nachteil des betroffenen schwerbehinderten Arbeitnehmers führen kann.⁶⁷⁸

Parallelen zu diesem Problem einer tatsächlich eintretenden, faktischen Benachteiligung trotz formaler Gleichbehandlung finden sich bei der Unterscheidung wegen einer Schwangerschaft. Vor Einführung des AGG, das in § 3 Abs. 1 Satz 2 nunmehr jede ungünstigere Behandlung einer Frau wegen Schwangerschaft oder Mutterschaft als unmittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts qualifiziert, erwies es sich ebenfalls als problematisch, ob eine faktische Ungleichbehandlung ohne formale Ungleichbehandlung wegen der Schwangerschaft eine Diskriminierung wegen des Geschlechts darstellen kann.⁶⁷⁹ Das LAG Köln argumentierte hier in einem Urteil aus dem Jahr 1993, den Grundsatz der formalen Gleichbehandlung im Auge, gegen eine Diskriminierung wegen des Geschlechts. Werde die Schwangerschaft vom Arbeitgeber so behandelt wie jede andere krankheitsbedingte Abwesenheit von der Arbeit, dann liege darin keine Ungleichbehandlung, sondern eine Frauen lediglich faktisch, aber nicht rechtlich benachteiligende Gleichbehandlung.⁶⁸⁰

Die Einordnung der faktischen Benachteiligung eines schwerbehinderten Arbeitnehmers oder einer Schwangeren als unmittelbare Diskriminierung erweist sich jedoch nicht nur unter dem Aspekt einer fehlenden formalen Ungleichbehandlung als problematisch. Vielmehr stellt sich zugleich das Problem, dass zur Feststellung einer unmittelbaren Benachteiligung nach der gesetzlichen Konzeption an die Behandlung einer nicht behinderten

⁶⁷⁸ Ein solcher kann beispielsweise darin bestehen, dass infolge der Missachtung der §§ 81, 84 SGB IX behindertengerechte Beschäftigungsmöglichkeiten ungenutzt bleiben und sich die den Interventionsbedarf auslösenden Schwierigkeiten zu einem das Arbeitsverhältnis gefährdenden Kündigungsgrund manifestieren.

⁶⁷⁹ In der Literatur wurde dies zum Teil abgelehnt, zum Teil das Vorliegen einer mittelbaren Diskriminierung befürwortet, vgl. etwa *Hanau/Preis*, ZfA 1988, S. 177, (200), für eine mittelbare Diskriminierung; *Wiedemann*, Gleichbehandlungsgebote im Arbeitsrecht, S. 40 ff., gegen die Annahme einer Geschlechterdiskriminierung.

⁶⁸⁰ LAG Köln, Urteil vom 24. 11. 1993, LAGE Nr. 20 zu § 611 BGB Gratifikation.

bzw. männlichen Vergleichsperson in einer vergleichbaren Lage anzuknüpfen ist.⁶⁸¹ Bei der ungünstigeren Behandlung von Schwangeren lässt sich für Männer eine vergleichbare Situation eines Mannes nicht finden. Ähnlich ist es in Bezug auf schwerbehinderte Menschen, jedenfalls wenn es um die ausschließlich zugunsten schwerbehinderter Arbeitnehmer geltenden Vorschriften der § 81 Abs. 4 und Abs. 5 SGB IX und § 84 Abs. 1 SGB IX geht. Weil diese nur Pflichten gegenüber schwerbehinderten Arbeitnehmern begründen, kann es eine vergleichbare Situation für nicht behinderte Arbeitnehmer nicht geben. Eine unmittelbare Benachteiligung schwerbehinderter Arbeitnehmer ist hier nur im Zusammenhang mit § 84 Abs. 2 SGB IX denkbar, wenn der Arbeitgeber etwa gegenüber nur erkrankten Arbeitnehmern bereit ist, ein BEM durchzuführen, bei schwerbehinderten Arbeitnehmern dies aber ablehnt.⁶⁸² In dem hier zu untersuchenden Fall, dass der Arbeitgeber grundsätzlich kein BEM durchführen will, fehlt es jedoch bereits an der für die Einordnung als unmittelbare Diskriminierung notwendigen formalen Ungleichbehandlung gegenüber nicht behinderten Arbeitnehmern.

Festzuhalten bleibt nach alledem, dass die faktische Benachteiligung eines schwerbehinderten Arbeitnehmers infolge der Nichtbeachtung der Vorgaben aus §§ 81 Abs. 4, Abs. 5, 84 SGB IX nicht als unmittelbare Benachteiligung wegen einer Schwerbehinderung eingestuft werden kann, wenn der Arbeitgeber die Anwendung der Vorschriften generell gegenüber allen vom Anwendungsbereich der Vorschriften erfassten Arbeitnehmern ablehnt.⁶⁸³ Insoweit fehlt es an dem für die unmittelbare Benachteiligung notwendigen Merkmal der formalen Ungleichbehandlung im Verhältnis zu anderen Per-

⁶⁸¹ Auf diesen Aspekt weist auch *Leder* hin, vgl. *Leder*, Das Diskriminierungsverbot wegen einer Behinderung, S. 242.

⁶⁸² Soweit man mit der h. M. in Rechtsprechung und Literatur davon ausgeht, dass § 84 Abs. 2 SGB IX auch für nicht behinderte Arbeitnehmer Anwendung findet, vgl. BAG, Urteil vom 12. 7. 2007, BAGE 123, S. 234 (234 ff.); BAG, Urteil vom 23. 4. 2008, DB 2008, S. 2091 (2091 ff.); LAG Köln, Urteil vom 8. 9. 2008, AiB 2009, S. 385 (385 ff.); Dau/Düwell/Haines/Düwell, Sozialgesetzbuch IX, § 84 SGB IX, Rn. 53 ff.; Kossens/von der Heide/Maaß/Kossens, SGB IX, § 84 Abs. 2 SGB IX, Rn. 12; Stahlhacke/Preis/Vossen/Vossen, 3. Abschnitt, Rn. 1457; v. Hoyningen-Huene/Linck, KSchG, § 1, Rn. 341; *Welti*, NZS 2006, S. 623, (624); a.A. *Balders/Lepping*, NZA 2005, S. 854, (854); *Brose*, DB 2005, S. 390, (391); *Namendorf/Natzel*, DB 2005, S. 1794, (1794).

⁶⁸³ Ähnlich *Leder* in Bezug auf die Nichtvornahme angemessener Vorkehrungen zugunsten Behinderter im Sinne des Art. 5 der Rahmenrichtlinie, vgl. *Leder*, Das Diskriminierungsverbot wegen einer Behinderung, S. 240 ff.

sonen in vergleichbarer Lage. Der Tatbestand der unmittelbaren Benachteiligung erfasst damit jedenfalls nicht alle Fälle einer unberechtigten Außerachtlassung der Vorgaben aus §§ 81 Abs. 4, Abs. 5, 84 SGB IX.

Hinzukommt, dass nach der gesetzlichen Konzeption der §§ 81, 84 SGB IX der Arbeitgeber in bestimmten Fallkonstellationen berechtigt ist, die Durchführung eines Präventionsverfahrens bzw. BEM bzw. die Anpassung des Arbeitsplatzes zur Gewährleistung einer behinderten- oder fähigkeitsgerechten Beschäftigung zu verweigern.⁶⁸⁴ Jedenfalls im Anwendungsbeereich des § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX spielen dabei auch wirtschaftliche Erwägungen eine Rolle.

Die unmittelbare Benachteiligung im Sinne des Gebotes formaler Gleichbehandlung nach § 3 Abs. 1 AGG duldet dagegen keine auf die Wirtschaftlichkeit der Benachteiligung bezogenen Rechtfertigungserwägungen.⁶⁸⁵ Eine unmittelbare Benachteiligung eines schwerbehinderten Arbeitnehmers wegen seiner Behinderung ist nach § 8 Abs. 1 AGG nur dann erlaubt, wenn der Grund für die Benachteiligung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt.⁶⁸⁶ Die Nichtbeachtung der Pflichten aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX bzw. aus § 84 SGB IX lässt sich auch daher nicht treffend dem Tatbestand der unmittelbaren Benachteiligung nach § 3 Abs. 1 AGG zuordnen.

II. Mittelbare Benachteiligung

Möglicherweise kann man den durch die formale Gleichbehandlung bedingten Nachteilen, die schwerbehinderte Arbeitnehmer infolge der Nichtbeachtung der Pflichten aus §§ 81, 84 SGB IX erleiden können, über den Begriff der mittelbaren Diskriminierung habhaft werden.

Nach § 3 Abs. 2 AGG ist von einer mittelbaren Benachteiligung auszugehen, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen wegen eines in § 1 genannten Grundes gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können. Dies gilt nicht, wenn

⁶⁸⁴ Siehe hierzu die Ausführungen zur Entbehrlichkeit der Durchführung eines Präventionsverfahrens oder BEM unter: Zweiter Teil, C., IV., 5., bzw. zu den Grenzen der Arbeitgeberpflichten aus § 81 Abs. 4 und 5 SGB IX unter: Dritter Teil, C. VI., 1., d., dd.

⁶⁸⁵ Daher lehnt es auch *Leder* ab, die unerlassene, angemessene Vorkehrung als unmittelbare Benachteiligung zu behandeln, vgl. *Leder*, Das Diskriminierungsverbot wegen einer Behinderung, S. 241 ff.

⁶⁸⁶ Vgl. hierzu *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, S. 129 ff.

die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt sind und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind.

Anders als der Tatbestand der unmittelbaren Benachteiligung setzt der Tatbestand der mittelbaren Benachteiligung damit nicht ausschließlich an der formalen Gleichbehandlung an, sondern geht darüber hinaus und fragt, ob das Ergebnis der formalen Gleichbehandlung faktisch zu einer erkennbaren Benachteiligung der vom Diskriminierungsschutz erfassten Merkmalsträger führt.⁶⁸⁷

Es geht folglich darum, welche tatsächlichen Auswirkungen eine bestimmte Regelung oder Verhaltensweise hat. Lässt sich feststellen, dass hier Personen mit einem geschützten Merkmal besonders benachteiligt bzw. betroffen sind, ist eine mittelbare Benachteiligung gegeben, unabhängig von der formal gleichbehandelnden, zunächst *unverdächtig* erscheinenden Regelung oder Verfahrensweise.⁶⁸⁸ Eine Diskriminierungsabsicht des Arbeitgebers ist in diesem Zusammenhang nicht erforderlich. Daher ist es unerheblich, ob sich der Arbeitgeber darüber Gedanken gemacht hat, dass z. B. schwerbehinderte Arbeitnehmer durch eine Verfahrensweise besonders beeinträchtigt sein könnten.⁶⁸⁹

Kennzeichnend für die Feststellung einer mittelbaren Benachteiligung ist allerdings die Bildung einer Vergleichsgruppe zwischen Arbeitnehmern, die ein geschütztes Merkmal aufweisen, und solchen, die dieses Merkmal nicht aufweisen. Nur auf diese Weise lässt sich ermitteln, ob von einer scheinbar neutralen Regelung oder Verfahrensweise bestimmte Merkmalsträger wesentlich stärker nachteilig betroffen sind als andere Personen.⁶⁹⁰

⁶⁸⁷ Mit anderen Worten wird mit dem Verbot mittelbarer Diskriminierung jenseits der rein formalen Konzeptionen von Gleichheit auch materielle Gleichheit angestrebt, so zutreffend Schiek/*Schiek*, AGG, Einl, Rn. 54, § 3, Rn. 21; zum Begriff der formellen und materiellen Gleichheit im Sinne des Antidiskriminierungsrechts ebenfalls Schiek/*Schiek*, AGG, Einl, Rn. 50 ff.

⁶⁸⁸ Vgl. ausführlich zur Rechtsfigur der mittelbaren Diskriminierung *Hanau/Preis*, ZfA 1988, S. 177, (186 ff.); *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, S. 103 ff.

⁶⁸⁹ *Däubler*, ZfA 2006, S. 479, (487); *Däubler/Bertzbach/Schrader/Schubert*, AGG, § 3, Rn. 63; *Hanau/Preis*, ZfA 1988, S. 177, (188); Schiek/*Schiek*, AGG; Einl, Rn. 53.

⁶⁹⁰ *Däubler/Bertzbach/Däubler*, AGG, § 3, Rn. 40; *Bauer/Göpfert/Krieger*, AGG, § 3, Rn. 24; mit Bezug auf die Rahmenrichtlinie *Leder*, Das Diskriminierungsverbot wegen einer Behinderung, S. 243; *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, S. 107 ff.; Schiek/*Schiek*, AGG, § 3, Rn. 37 ff.; vgl. auch die Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung vom 18. 5. 2006, BR-DS 329/06, S. 33.

Klassisches Beispiel ist hier der für die Feststellung einer mittelbaren Geschlechterdiskriminierung zu bildende Vergleich zwischen den Auswirkungen, die eine bestimmte Regelung auf die Situation von Frauen bzw. von Männern hat.

Gerade dieser notwendigerweise vorzunehmende Gruppenvergleich zwischen der Situation von Merkmalsträgern und der von Nicht-Merkmalsträgern verbietet es, die Außerachtlassung der Vorgaben aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX bzw. aus § 84 SGB IX als mittelbare Benachteiligung schwerbehinderter Arbeitnehmer zu verstehen. Jedenfalls bei den ausschließlich zugunsten schwerbehinderter Arbeitnehmer geltenden Bestimmungen kann es für diese eine durch die Missachtung der §§ 81, 84 SGB IX bewirkte Schlechterstellung nicht geben.

Die Möglichkeit, den notwendigen Gruppenvergleich über eine rein hypothetische Betrachtung ohne Vorlage konkreter statistischer Belege vornehmen zu können, hilft hier nicht weiter.⁶⁹¹ Denn auch hypothetisch betrachtet kann es eine ungleich stärkere Betroffenheit von schwerbehinderten Arbeitnehmern nicht geben, weil im Anwendungsbereich der §§ 81, 84 Abs. 1 SGB IX eben ausschließlich diese nachteilig betroffen sein können.

Allenfalls im Anwendungsbereich von § 84 Abs. 2 SGB IX wäre der notwendige Gruppenvergleich möglich, soweit man davon ausgeht, dass die Pflicht zur Durchführung eines BEM auch gegenüber nicht behinderten,

⁶⁹¹ Diese Möglichkeit der hypothetischen Betrachtung kommt im Wortlaut des § 3 Abs. 2 AGG zum Ausdruck, wonach ausreichend ist, dass dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren in besonderer Weise benachteiligen *können*; der Nachweis einer besonderen Ungleichbehandlung von Merkmalsträgern ist danach künftig auch ohne konkreten, statistischen Nachweis möglich; das heisst, auch in einem Betrieb, in dem beispielsweise nur Frauen beschäftigt werden, kann eine begünstigende Regelung, die an die Dauer der Betriebszugehörigkeit anknüpft, ohne aber Zeiten des Erziehungsurlaubs zu berücksichtigen, als mittelbar diskriminierend eingestuft werden, weil, hypothetisch betrachtet, hauptsächlich Frauen von der unterlassenen Berücksichtigung des Erziehungsurlaubs betroffen sind; für die Feststellung der mittelbaren Diskriminierung bedarf es insoweit nicht der (in einem reinen Frauenbetrieb unmöglichen) konkreten, statistisch nachweisbaren Feststellung, dass im Betrieb tatsächlich überwiegend Frauen von der Regelung benachteiligt betroffen sind, es genügt insoweit die Feststellung, dass die betreffende Regelung geeignet ist, eine solch benachteiligende Wirkung hervorzurufen, vgl. zu diesem Beispiel schon BAG, Urteil vom 12.11.2002, NZA 2003, S. 1287, (1290), eine mittelbare Diskriminierung noch ablehnend *Schiek*, NZA 2004, S. 873, (875).

nur erkrankten Arbeitnehmern besteht.⁶⁹² Eine besondere Betroffenheit von schwerbehinderten Arbeitnehmern im Sinne des § 3 Abs. 2 AGG im Vergleich zu nur erkrankten Arbeitnehmern ließe sich hier ausmachen, wenn nachweisbar wäre, dass überwiegend schwerbehinderte Arbeitnehmer Arbeitsunfähigkeitszeiten von über sechs Wochen aufweisen, so dass die vom Arbeitgeber grundsätzlich bei allen Arbeitnehmern unterlassene Intervention im Rahmen eines BEM im Besonderen diese Beschäftigtengruppe benachteiligen würde.

Allerdings verlangt die bisherige Rechtsprechung zur Feststellung einer mittelbaren Diskriminierung eine *signifikante* Betroffenheit der Gruppe der Merkmalsträger, was nach der bisherigen Rechtsprechung anhand einer prozentualen Betroffenheit durch statistische Nachweise zu belegen war.⁶⁹³ Selbst wenn man unter Berücksichtigung der Wortwahl des § 3 Abs. 2 AGG bzw. des Art. 2 Abs. 2 b) der Rahmenrichtlinie davon ausgeht, dass für die Feststellung einer mittelbaren Benachteiligung im Sinne des AGG ein statistischer Nachweis für eine *signifikante* Betroffenheit nicht mehr erforderlich ist,⁶⁹⁴ so muss gleichwohl eine *besondere nachteilige Betroffenheit* der Merkmalsträger festgestellt werden. Für eine mittelbare Benachteiligung muss also nach wie vor zumindest eine prozentual wesentlich stärkere Belastung der Gruppe der Merkmalsträger vorliegen.⁶⁹⁵

⁶⁹² So die mittlerweile ganz herrschende Meinung, vgl. BAG, Urteil vom 12. 7. 2007, BAGE 123, S. 234 (234 ff.); BAG, Urteil vom 23. 4. 2008, DB 2008, S. 2091 (2091 ff.); LAG Hamm, Urteil vom 21. 1. 2009, 2 Sa 629/08, veröffentlicht bei Juris; LAG Köln, Urteil vom 8. 9. 2008, AiB 2009, S. 385 (385 ff.); Dau/Düwell/Haines/Düwell, Sozialgesetzbuch IX, § 84 SGB IX, Rn. 53 ff.; Stahlhacke/Preis/Vossen/Vossen, 3. Abschnitt, Rn. 1457; v. Hoyningen-Huene/Linck, KSchG, § 1, Rn. 341; Welti, NZS 2006, S. 623, (624); a.A. Balders/Lepping, NZA 2005, S. 854, (854); Brose, DB 2005, S. 390, (391); Namendorf/Natzel, DB 2005, S. 1794, (1794).

⁶⁹³ Vgl. zu Beispielen aus der Rechtsprechung Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, S. 105 ff.

⁶⁹⁴ Abweichend von der Richtlinie 97/80/EG zur Geschlechterdiskriminierung bestimmen die Rahmenrichtlinie sowie § 3 Abs. 2 AGG eben nicht mehr, dass die neutralen Vorschriften, Kriterien oder Verfahren einen *wesentlich höheren Anteil* der Merkmalsträger betreffen müssen, sondern stellen nur noch darauf ab, dass die neutralen Vorschriften, Kriterien oder Verfahren die Merkmalsträger *in besonderer Weise* benachteiligen können, vgl. hierzu Däubler/Bertzbach/Schrader/Schubert, AGG, § 3 AGG, Rn. 4; Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, S. 103.

⁶⁹⁵ Horn, Arbeitsrechtlicher Kündigungsschutz und Europarecht, S. 46; MüKo/Thüsing, Band 1, 2. Halbband, § 3 AGG, Rn. 30; Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, S. 105; a.A. Schlachter, die die Ansicht vertritt, dass Anhaltspunkte für eine

Ob die Feststellung einer derart wesentlich stärkeren Betroffenheit schwerbehinderter gegenüber nur erkrankten, nicht behinderten Arbeitnehmern bei der Missachtung der Präventionsverpflichtung nach § 84 Abs. 2 SGB IX gelingen kann, muss bezweifelt werden. Denn die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit von über sechs Wochen ist ein das Arbeitsverhältnis belastendes Problem, das nicht nur schwerbehinderte, sondern alle Arbeitnehmer gleichermaßen betrifft.⁶⁹⁶

Bei der Nichtbeachtung der Vorgaben aus § 81 Abs. 4 und Abs. 5 SGB IX stehen in dogmatischer Hinsicht darüber hinaus die in § 81 Abs. 4 SGB IX normierten spezifischen Exculpationsmöglichkeiten des Arbeitgebers einer Zuordnung zum Tatbestand der mittelbaren Benachteiligung im Sinne des § 3 Abs. 2 AGG entgegen.⁶⁹⁷ Diese erlauben dem Arbeitgeber, die nach § 81 Abs. 4 und 5 SGB IX erforderlichen Maßnahmen zur Gewährleistung einer behinderten- oder fähigkeitsgerechten Beschäftigung zu unterlassen, wenn die Erfüllung dieser Pflichten unzumutbar ist oder die damit verbundenen finanziellen Aufwendungen unverhältnismäßig hoch sind.⁶⁹⁸

Das AGG knüpft dagegen für die Rechtfertigung einer mittelbaren Benachteiligung an das Vorliegen eines sachlichen Grundes sowie nach § 8 AGG daran, ob der Ungleichbehandlung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung zugrunde liegt.⁶⁹⁹ Wie bereits im Zusammenhang mit der unmittelbaren Benachteiligung ausgeführt, können daher allein wirtschaftliche Erwägungen eine mittelbare Benachteiligung – anders als ein Unterlassen von Vorkehrungen nach § 81 Abs. 4 und 5 SGB IX – nicht rechtfertigen.⁷⁰⁰

Nach alledem zeigt sich, dass auch das Rechtsinstitut der mittelbaren Benachteiligung im Sinne des § 3 Abs. 2 AGG den Fall der Nichtvornahme

markmalsbedingte Benachteiligung auf andere Weise als durch den Nachweis unverhältnismäßig häufiger, besonderer Belastung beigebracht werden müssen, vgl. Erfurter Kommentar/*Schlachter*, § 3 AGG, Rn. 7 ff.

⁶⁹⁶ In dem Sinne auch LAG Köln, Urteil vom 15. 2. 2008, NZA-RR 2008, S. 622, (622 ff.).

⁶⁹⁷ Ähnlich *Schiek*, die es mit Bezug auf die Rahmenrichtlinie für notwendig erachtet, das Vorenthalten angemessener Vorkehrungen wegen der speziellen Rechtfertigungsmöglichkeit nach Art. 5 der Richtlinie von den Tatbeständen der unmittelbaren und mittelbaren Diskriminierung abzugrenzen, vgl. *Schiek*, NZA 2004, S. 873, (875).

⁶⁹⁸ Vgl. § 81 Abs. 4 Satz 3 SGB IX.

⁶⁹⁹ *Bauer/Göpfert/Krieger*, AGG, § 3, Rn. 31 ff.; *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, S. 108 ff.

⁷⁰⁰ *Däubler/Bertzbach/Brors*, AGG, § 8, Rn. 4.

bestimmter, nach § 81 Abs. 4 und Abs. 5 SGB IX erforderlicher Maßnahmen bzw. die Nichtdurchführung der in § 84 SGB IX normierten Verfahren nicht erfassen kann.

III. Benachteiligungsform sui generis

Das vorstehende Ergebnis wirft die Frage auf, ob die Nichtbeachtung der Vorgaben aus § 81 Abs. 4 und Abs. 5 SGB IX bzw. aus § 84 SGB IX eine besondere Form der Benachteiligung schwerbehinderter Arbeitnehmer darstellt, die im Wege einer richtlinienkonformen Auslegung den Diskriminierungsstatbeständen des AGG als Benachteiligungsform *sui generis* zugeordnet werden kann.

1. Die Entscheidung des EuGH vom 11. Juli 2006 - Rechtssache Chacón Navas

Anlass für die Erwägung bildet eine Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) aus dem Jahr 2006 in der Rechtssache Chacón Navas, in der der Gerichtshof im Zusammenhang mit einer Kündigung wegen krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit die Pflicht des Arbeitgebers zur Vornahme angemessener Vorkehrungen aus Art. 5 der Rahmenrichtlinie betont und diese Pflicht in Zusammenhang mit dem Diskriminierungsverbot zugunsten Behinderter stellt.⁷⁰¹

Nach Art. 5 der Rahmenrichtlinie müsse der Arbeitgeber, so der EuGH, um die Anwendung des Gleichbehandlungsgebotes auf Menschen mit Behinderung zu gewährleisten, grundsätzlich die geeigneten und im konkreten Fall erforderlichen Maßnahmen ergreifen, um Menschen mit Behinderung den Zugang zur Beschäftigung, die Ausübung eines Berufs und den beruflichen Aufstieg zu ermöglichen. Ferner führt der EuGH aus, stehe das Verbot der Diskriminierung wegen einer Behinderung bei Entlassungen nach Art. 2 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 lit. c der Rahmenrichtlinie einer Entlassung wegen einer Behinderung entgegen, die unter Berücksichtigung der Verpflichtung, angemessene Vorkehrungen für Menschen mit Behinderung zu treffen, nicht dadurch gerechtfertigt sei, dass die betreffende Person für die Erfüllung der wesentlichen Funktionen ihres Arbeitsplatzes nicht kompetent, fähig oder verfügbar ist.⁷⁰²

⁷⁰¹ EuGH, Urteil vom 11. 7. 2006, NZA 2006, S. 839, (839 ff.).

⁷⁰² EuGH, a.a.O. (Fn. 701), S. 839, (841).

Mit Bezug auf das Recht des Arbeitgebers zur Kündigung, welches der EuGH nicht ausdrücklich erwähnt, muss dies Folgendes bedeuten: Hätte der Arbeitgeber durch Vornahme angemessener Vorkehrungen bewirken können, dass ein behinderter Arbeitnehmer die für seinen Arbeitsplatz notwendige Kompetenz, Fähigkeit oder Verfügbarkeit hätte erreichen bzw. wiedererlangen können, muss eine Kündigung aus den genannten Gründen im Hinblick auf das Verbot der Behindertendiskriminierung als unwirksam angesehen werden.

Auch wenn der europäische Gerichtshof damit im Hinblick auf die Rechtsfolgen der Nichtvornahme angemessener Vorkehrungen auf eine Entlassung – zum Beispiel im Wege der Kündigung – zu einem eindeutigen Ergebnis gelangt, lässt sich der Entscheidung des EuGH nicht zweifelsfrei entnehmen, auf welchem Wege der Gerichtshof dies dogmatisch begründen will. Unklar bleibt, ob die Nichtvornahme angemessener Vorkehrungen als besondere Form der Behindertendiskriminierung angesehen werden soll oder ob bei der Nichtvornahme angemessener Vorkehrungen nur die Rechtfertigung einer als unmittelbare Diskriminierung anzusehenden Kündigung unter dem Aspekt der fehlenden Kompetenz, Fähigkeit oder Verfügbarkeit des Arbeitnehmers ausgeschlossen sein soll.

Die Wortwahl des EuGH, wonach die Entlassung bei Nichtvornahme der von Art. 5 der Rahmenrichtlinie geforderten Vorkehrungen „(...) *nicht (...) gerechtfertigt sei (...)*“, spricht eher dafür, dem Arbeitgeber in diesen Fällen lediglich die Berufung auf einen Rechtfertigungsgrund für die diskriminierende Entlassung des behinderten Arbeitnehmers zu versagen.

Übertragen auf das deutsche Recht hieße dies, dass unter anderem auch die Nichtbeachtung der Vorgaben aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX bzw. aus § 84 SGB IX dazu führen würde, dass dem Arbeitgeber der Ausspruch einer Kündigung unter Hinweis auf die fehlende Kompetenz, Fähigkeit oder Verfügbarkeit des Arbeitnehmers nach §§ 3 Abs. 1 AGG, 81 Abs. 2 SGB IX verwehrt wäre. Denn die besonderen Vorgaben aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX bzw. aus § 84 SGB IX lassen sich – unter Berücksichtigung des Erwägungsgrundes zwanzig der Rahmenrichtlinie – als angemessene Vorkehrungen im Sinne der Rahmenrichtlinie einordnen.⁷⁰³

⁷⁰³

So auch: *Leder*, Das Diskriminierungsverbot wegen einer Behinderung, S. 234 ff.; *Mohr*, br 2008, S. 34, (48,49); *Schiek/Welti*, AGG, Art. 3 Abs. 7-10: § 84 SGB IX, Rn. 1; *Schneider-Sievers*, FS Wissmann, S. 588, (589); *Welti*, br 2007, S. 57, (60).

2. Stimmen in der deutschen Literatur

In der deutschen Literatur finden sich Stimmen, die – deutlicher als der EuGH – die Nichtvornahme angemessener Vorkehrungen im Sinne des Art. 5 der Rahmenrichtlinie als besondere Form der Diskriminierung Behinderter einstufen wollen.⁷⁰⁴ Dogmatisch sei diese Form der Behindertendiskriminierung von den Formen der unmittelbaren bzw. mittelbaren Benachteiligung strikt abzugrenzen und als eigenständige Diskriminierungsform *sui generis* zu betrachten.⁷⁰⁵

3. Stellungnahme

Die genannten Literaturstimmen, die die Nichtvornahme angemessener Vorkehrungen im Sinne des Art. 5 der Rahmenrichtlinie als besondere Form der Behindertendiskriminierung einstufen wollen, begründen nicht, wie diese neue Form des Diskriminierungsverbotes aus der Rahmenrichtlinie bzw. darauf aufbauend aus den deutschen Vorschriften des AGG abzuleiten sein soll. Auch der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Chacón Navas fehlt eine Begründung des in der Entscheidung gefundenen Ergebnisses. Es fragt sich daher, ob sich die dargestellten Ansichten in der deutschen Literatur auch dogmatisch aus der Rahmenrichtlinie ableiten lassen. Nur wenn das der Fall sein sollte, kann untersucht werden, ob auch im deutschen Recht die Nichtbeachtung der Vorgaben aus §§ 81 Abs. 4, Abs. 5, 84 SGB IX ggf. im Wege einer richtlinienkonformen Auslegung als besondere Form der Benachteiligung schwerbehinderter Arbeitnehmer eingeordnet werden kann.

Für die Auslegung der Rahmenrichtlinie orientiert sich die nachfolgende Betrachtung an der vom EuGH praktizierten eigenständigen gemeinschafts-

⁷⁰⁴ So Däubler/Bertzbach/*Dette*, AGG, § 7, Rn. 190; *Leder*, Das Diskriminierungsverbot wegen einer Behinderung, S. 234 ff.; *Schiek*, NZA 2004, S. 873, (875); a.A. *Ritschel*, die davon ausgeht, dass die Nichtvornahme angemessener Vorkehrungen der Rechtfertigung einer Diskriminierung durch Kündigung entgegensteht, die sich darauf stützt, dass der behinderte Arbeitnehmer für die Anforderungen seines Arbeitsplatzes nicht geeignet, nicht fähig oder nicht verfügbar ist; nach Ansicht *Ritschels* muss die Verletzung des Art. 5 der Rahmenrichtlinie aber die gleichen Folgen wie die Ungleichbehandlung selbst haben, vgl. *Ritschel*, iqpr- Forum B, Diskussionsbeitrag Nr. 2/2007, S. 5 ff., veröffentlicht im Internet unter http://www.iqpr.de/iqpr/seiten/diskussionsforen/forumb/forum-b-de.asp#B2_2007, (letzter Abruf am 10. 10. 2010).

⁷⁰⁵ *Leder*, Das Diskriminierungsverbot wegen einer Behinderung, S. 238 ff.; *Schiek*, a.a.O. (Fn. 704).

rechtlichen Auslegungsmethodik. Diese wird bestimmt von der wörtlichen, systematischen, historischen sowie teleologischen Auslegung. Im Hinblick auf das Sekundärrecht, zu dem auch die hier im Fokus stehende Rahmenrichtlinie gehört, bedient sich der EuGH bei der Auslegung im Wesentlichen objektiv-teleologischer, systematischer sowie historischer Erwägungen, während die wörtliche Auslegung in den Hintergrund tritt.⁷⁰⁶ Demgemäß ist auch für die nachfolgende Betrachtung der Methodenkanon der objektiv-teleologischen, der systematischen sowie der historischen Auslegung heranzuziehen.

a. Objektiv-teleologische Auslegung der Rahmenrichtlinie

Nach objektiv-teleologischen Gesichtspunkten ist für die Frage, ob sich die Nichtvornahme angemessener Vorkehrungen im Sinne des Art. 5 der Rahmenrichtlinie als besondere Form der Behindertendiskriminierung einstufen lässt, auf den objektiven Zweck des Art. 5 abzustellen. Dieser lässt sich treffend wiederum nur anhand der der Rahmenrichtlinie insgesamt zugrundeliegenden Zielvorstellungen ermitteln.⁷⁰⁷

Der übergreifende Zweck der Rahmenrichtlinie besteht darin, den Grundsatz der Gleichbehandlung in den Mitgliedstaaten zu verwirklichen.⁷⁰⁸ Dabei wird die angestrebte Gleichbehandlung nicht bloß in einem rein formalen Sinn, sondern auch in einem materiellen Sinn verstanden.⁷⁰⁹ Dies ergibt sich daraus, dass die Rahmenrichtlinie die gleichberechtigte Teilhabe aller Menschen am Arbeitsleben gewährleisten und tatsächliche Chancengleichheit in Beschäftigung und Beruf erreichen will.⁷¹⁰

⁷⁰⁶ Zur Auslegungsmethodik des EuGH *Mohr*, Schutz vor Diskriminierungen im Europäischen Arbeitsrecht, S. 75 ff.

⁷⁰⁷ So für die Auslegung primärrechtlicher (Kompetenz-)Vorschriften anhand der allgemeinen Vertragsziele *Mohr*, Schutz vor Diskriminierungen im europäischen Arbeitsrecht, S. 97.

⁷⁰⁸ Vgl. Art. 1 der Richtlinie 2000/78/EG vom 27. 11. 2000.

⁷⁰⁹ So auch *Mohr*, Schutz vor Diskriminierungen im europäischen Arbeitsrecht, S. 192 ff.; *Schiek*, NZA 2004, S. 873, (875); *dieselbe*, AGG, Einl., Rn. 63 ff.; *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, S. 62, 63, der auch das äquivalente Begriffspaar der Normanwendungsgleichheit und der Ergebnisgleichheit verwendet.

⁷¹⁰ Diese Zielsetzung wird schon im Wortlaut des Art. 1 der Rahmenrichtlinie zum Ausdruck gebracht, in der als Zweck der Richtlinie die Verwirklichung des Gleichbehandlungsgrundsatzes genannt wird; ferner lässt sie sich den Erwägungsgründen 8 und 9 zur Rahmenrichtlinie entnehmen; so auch *Mohr*, Schutz vor Diskriminierungen im europäischen Arbeitsrecht, S. 189; *dieselbe*, br 2008, S. 34, (41).

Unter Berücksichtigung dieser Ziele würde ein streng formales Verständnis von Gleichbehandlung an die Grenzen ihrer Wirksamkeit stoßen. Während bei Menschen mit der Zugehörigkeit zu einer bestimmten Religion, Ethnie oder Rasse die formale Gleichbehandlung ausreichend ist, um die Ziele der Rahmenrichtlinie zu erreichen, bewirkt die formale Gleichbehandlung bei behinderten Menschen nämlich nicht stets den von der Rahmenrichtlinie gewünschten Effekt. Nur wenn Behinderte in der Lage sind, trotz ihrer Behinderung auch ohne Hilfestellung alle wesentlichen Arbeitsplatzfunktionen zu erfüllen, die Behinderung also keine nachteiligen Auswirkungen auf die individuelle Leistungsfähigkeit hat, entfaltet das Gebot zur formellen Gleichbehandlung seine volle Wirksamkeit im Hinblick auf die angestrebte Chancengleichheit in Beschäftigung und Beruf.⁷¹¹

Bei behinderten Menschen, deren Leistungsfähigkeit durch die Behinderung jedoch beeinträchtigt ist, bedarf es dagegen weitergehender, gleichstellender Maßnahmen, die die behinderten Arbeitnehmer erst in die Lage versetzen, neben nicht behinderten Arbeitnehmern konkurrieren zu können. Die Herstellung tatsächlicher gleicher Chancen dieser Personengruppe im Arbeitsleben erfordert also die Gewährung angemessener Unterstützung. Notwendig ist mit anderen Worten die tatsächliche Ungleichbehandlung behinderter Menschen im Sinne einer positiven Förderung.⁷¹²

Zur Gewährleistung tatsächlicher Chancengleichheit in Beschäftigung und Beruf auch für Menschen mit Behinderung als Zielsetzung der Rahmenrichtlinie ist daher eine Abkehr vom rein formalen Gleichheitsverständnis hin zu einem materiellen Gleichheitsverständnis geboten. Entsprechend heißt es in der Begründung der Europäischen Kommission zum Vorschlag der Rahmenrichtlinie, dass die Verwirklichung des Gleichbehandlungsgrundsatzes es erforderlich machen kann, bestimmte Personengruppen besondere Rechte zuzuerkennen, wenn die formale Gleichbehandlung allein nicht zu einer faktischen Gleichstellung führt.⁷¹³

Konkret umgesetzt wird die genannte Erkenntnis über die Notwendigkeit materieller Gleichbehandlung in Art. 5 der Rahmenrichtlinie, der – um die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes auf Menschen mit Behin-

⁷¹¹ So zutreffend auch *Leder*, Das Diskriminierungsverbot wegen einer Behinderung, S. 156; *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, S. 63.

⁷¹² *Leder*, a.a.O. (Fn. 711), S. 82; *Mohr*, br 2008, S. 34, (41); *Schneider-Sievers*, FS Wissmann, S. 588, (594); *Thüsing*, a.a.O. (Fn. 711).

⁷¹³ Vgl. die Begründung der Europäischen Kommission zum Vorschlag der Richtlinie 2000/78/EG vom 6. 1. 2000, KOM (1999) 565 endg., S. 12.

derung zu gewährleisten – den Arbeitgeber zur Vornahme angemessener Vorkehrungen verpflichtet.⁷¹⁴

Berücksichtigt man, dass der Grundsatz der Gleichbehandlung nach dem Verständnis der Rahmenrichtlinie bei bestimmten behinderten Arbeitnehmern nur durch die Gewährung angemessener Vorkehrungen im Sinne des Art. 5 der Rahmenrichtlinie verwirklicht werden kann, weil erst diese eine gleichberechtigte Teilhabe der leistungseingeschränkten Behinderten am Arbeitsleben bewirken können, ließe sich die Nichtvornahme derartiger Vorkehrungen mit einer vom Diskriminierungsverbot erfassten unzulässigen Ungleichbehandlung gleichsetzen.⁷¹⁵

Denn im Ergebnis macht es keinen Unterschied, ob ein Arbeitgeber einem schwerbehinderten Arbeitnehmer unmittelbar wegen seiner Behinderung die Weiterbeschäftigung versagt und ihn damit unmittelbar benachteiligt, oder ob ein Arbeitgeber mittelbar dazu beiträgt, dass ein schwerbehinderter Arbeitnehmer den Anforderungen seines Arbeitsplatzes nicht mehr gerecht werden kann, weil er ihm die geeigneten und zumutbaren Anpassungsmaßnahmen an seinen Arbeitsplatz oder sonstige Hilfestellungen verwehrt, die nach Art. 5 der Rahmenrichtlinie bzw. nach § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX und § 84 SGB IX vorgesehen sind. In beiden Fällen vereitelt der Arbeitgeber die von der Rahmenrichtlinie angestrebte gleichberechtigte Teilhabe behinderter Menschen am Arbeitsleben.⁷¹⁶

Die (nicht gerechtfertigte) Nichtvornahme angemessener Vorkehrungen im Sinne des Art. 5 ließe sich daher unter Berücksichtigung der Zielsetzungen und dem besonderen, materiellen Gleichheitsverständnis der Rahmenrichtlinie als besondere Form der unzulässigen Behindertendiskriminierung einstufen.⁷¹⁷

⁷¹⁴ So auch *Schneider-Sievers*, FS Wissmann, S. 588, (594); *Thüsing*, ZfA 2001, S. 397, (403); *derselbe*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, S. 63.

⁷¹⁵ So wohl auch *Welti*, der betont, dass eine Benachteiligung wegen der Behinderung auch in einer Gestaltung der Arbeitswelt liegen kann, die die besonderen Bedingungen behinderter Menschen nicht berücksichtigt, vgl. *Welti*, br 2007, S. 57, (60).

⁷¹⁶ So auch *Leder*, Das Diskriminierungsverbot wegen einer Behinderung, S. 239, 240.

⁷¹⁷ So auch *Leder*, a.a.O. (Fn. 716), S. 238 ff.; *Schiek*, NZA 2004, S. 873, (875); im Ansatz wohl auch *Däubler/Bertzbach/Dette*, AGG, § 7, Rn. 190 ff.; a.A. *Mohr*, der die Förderpflichten nach Art. 5 als Einschränkung der Rechtfertigungsmöglichkeiten einer Diskriminierung einstuft, vgl. *Mohr*, br 2008, S. 34, (41); ähnlich *Schneider-Sievers*, FS Wissmann, S. 588, (595), die Art. 5 der Rahmenrichtlinie als notwendige flankierung des reinen Diskriminierungsschutzes betrachtet; vgl. auch *Ritschel*, die Art. 5 als notwendige Ergänzung des Diskriminierungsverbotes ansieht, vgl. *Ritschel*, iqpr-

b. Systematische und historische Auslegung der Rahmenrichtlinie

Dem vorstehend anhand objektiv-teleologischer Kriterien gefundenen, möglichen Auslegungsergebnis stehen indes systematische und historische Erwägungen entgegen.

So spricht in systematischer Hinsicht die übergreifende Struktur der Rahmenrichtlinie gegen das Verständnis, dass die Nichtvornahme angemessener Vorkehrungen eine besondere Form der Diskriminierung Behinderter ist.

Die Pflicht des Arbeitgebers, angemessene Vorkehrungen für Menschen mit Behinderung zu treffen, ist gesondert in Art. 5 der Rahmenrichtlinie geregelt und eben nicht Teil des den Begriff der Diskriminierung näher bestimmenden Art. 2 der Rahmenrichtlinie. Zudem enthält Art. 5 der Rahmenrichtlinie auch keinen Zusatz, der die Nichtvornahme der von der Norm geforderten Vorkehrungen einer unmittelbaren Diskriminierung gleichstellt. Hätte der europäische Richtlinienggeber Art. 5 der Rahmenrichtlinie eine derartige Bedeutung beimessen wollen, ist unter Berücksichtigung des systematischen Gesamtgefüges der Antidiskriminierungsrichtlinien davon auszugehen, dass er in diesem Fall – wie etwa in Art. 2 der Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9. Februar 1976 im Hinblick auf die Benachteiligung wegen Schwangerschaft oder Mutterschaft⁷¹⁸ – einen klarstellenden Zusatz aufgenommen hätte.

Auch die Entstehungsgeschichte der Rahmenrichtlinie spricht gegen eine Einordnung des Art. 5 als besondere Form der Diskriminierung Behinderter.⁷¹⁹

Forum B, Diskussionsbeitrag Nr. 2/2007, S. 5 ff., veröffentlicht im Internet unter http://www.iqpr.de/iqpr/seiten/diskussionsforen/forumb/forum-b-de.asp#B2_2007, (letzter Abruf am 10. 10. 2010).

⁷¹⁸ Nach Art. 2 Abs. 7 der Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9. Februar 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen, geändert durch die Richtlinie 2002/73/EG des Europäischen Parlaments und des Europäischen Rates vom 23. September 2002, gilt die ungünstigere Behandlung einer Frau im Zusammenhang mit Schwangerschaft oder Mutterschaftsurlaub im Sinne der Richtlinie 92/85/EWG als Diskriminierung im Sinne dieser Richtlinie.

⁷¹⁹ Bei der Auslegung des Sekundärrechts ist nach der Methodik des EuGH nicht nur der Wortlaut, die Systematik sowie das Ziel des Rechtsaktes zu berücksichtigen, sondern auch die Entstehungsgeschichte, jedenfalls insoweit, als die Erwägungen der Gemeinschaftsorgane der Öffentlichkeit zugänglich sind, vgl. *Högenauer*, Die europäischen Richtlinien gegen Diskriminierung im Arbeitsrecht, S. 86; *Lutter*,

Zwar wird die unzureichende Anpassung von Arbeitsstätten, Arbeitsplätzen und Arbeitsorganisation an die Bedürfnisse von Menschen mit Behinderung in der Begründung der Kommission zum Vorschlag der Rahmenrichtlinie ausdrücklich zu den Diskriminierungen Behinderter gezählt.⁷²⁰ Auch wird die Pflicht zur Vornahme angemessener Vorkehrungen im Vorschlag der Kommission noch im Rahmen des Art. 2 aufgeführt, welcher den Begriff der Diskriminierung bestimmt.⁷²¹ Allerdings sind diese Vorgaben aus dem Vorschlag der Kommission in die endgültige Fassung der Rahmenrichtlinie nicht übernommen worden. Vielmehr wurde – gerade entgegen dem Vorschlag der Kommission – die Pflicht des Arbeitgebers zur Vornahme angemessener Vorkehrungen aus Art. 2 herausgenommen und in Artikel 5 niedergelegt.

Hieraus ergibt sich im Umkehrschluss, dass der Vorschlag der Kommission im Hinblick auf die Einordnung der Pflicht zur Vornahme angemessener Vorkehrungen als Form der Diskriminierung gerade nicht dem Willen des Rates entsprach. Folgerichtig kann auch aus der Entstehungsgeschichte der Rahmenrichtlinie nur der Schluss gezogen werden, dass die Nichtvornahme angemessener Vorkehrungen nicht als eine Form der Diskriminierung von Menschen mit Behinderungen im Sinne des Art. 2 der Rahmenrichtlinie anzusehen ist.

Gestützt wird dieses Ergebnis schließlich auch durch den Wortlaut des Art. 5 der Rahmenrichtlinie, der – wie bereits erwähnt – keinerlei Klarstellung dahingehend enthält, dass ein Verstoß des Arbeitgebers gegen die Pflicht aus Art. 5 zu einer unzulässigen Diskriminierung des oder der betroffenen behinderten Menschen führt.

JZ 1992, S. 593, (599 ff.); Meyer, Jura 1994, S. 455, (456, 457); Mohr, Schutz vor Diskriminierungen im Arbeitsrecht, S. 95; diese Voraussetzungen liegen in Bezug auf die Rahmenrichtlinie vor.

⁷²⁰ Vgl. die Begründung zum Vorschlag der Kommission der Europäischen Gemeinschaften für eine Richtlinie des Rates zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf vom 25. 11. 1999, KOM (1999), 565 endtg., S. 4.

⁷²¹ Vgl. die Begründung der Kommission der Europäischen Gemeinschaften zum Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf vom 25. 11. 1999, KOM (1999), 565 endg., S. 9, 10, 21.

4. Zwischenergebnis

Entgegen diverser Stimmen in der deutschen Literatur kann die Nichtvornahme angemessener Vorkehrungen zugunsten von Menschen mit Behinderungen auf Grundlage der Rahmenrichtlinie nicht als besondere Form der Benachteiligung Behinderter eingestuft werden. Auch wenn die besondere Zielsetzung der Rahmenrichtlinie dies durchaus rechtfertigen würden, so stehen neben dem Wortlaut auch die Systematik und die Entstehungsgeschichte der Rahmenrichtlinie einer solchen Einordnung eindeutig entgegen. Die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Chacón Navas führt zu keinem abweichenden Ergebnis. Zum einen definiert der EuGH die Nichtvornahme angemessener Vorkehrungen nicht ausdrücklich als Form der Benachteiligung Behinderter. Zum anderen ist zu berücksichtigen, dass die Urteile des europäischen Gerichtshofes keine präjudizielle Wirkung haben, sondern grundsätzlich nur die Beteiligten des konkreten Rechtsstreits binden.⁷²²

Sollte der EuGH künftig in ähnlicher Weise entscheiden wie im Rahmen der Entscheidung Chacón Navas oder die Nichtvornahme angemessener Vorkehrungen ausdrücklich als Diskriminierungsform einstufen, könnte dies allenfalls indizielle Wirkung für die Entwicklung des Gemeinschaftsrechts im Bereich der Benachteiligungsverbote zugunsten Behinderter haben.

So ist nicht auszuschließen, dass künftige Änderungen der Rahmenrichtlinie – ähnlich wie die Richtlinie 76/207/EWG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen⁷²³ und wie einzelne Diskriminierungsverbote auf nationaler Ebene⁷²⁴ – die Nichtvor-

⁷²² *Mohr*, Schutz vor Diskriminierungen im Europäischen Arbeitsrecht, S. 77.

⁷²³ Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9. Februar 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen, geändert durch die Richtlinie 2002/73/EG des Europäischen Parlaments und des Europäischen Rates vom 23. September 2002.

⁷²⁴ Im englischen Disability Discrimination Act von 1995 wird die Nichtvornahme angemessener Vorkehrungen durch den Arbeitgeber ausdrücklich als Diskriminierung des behinderten Arbeitnehmers definiert, vgl. Disability Discrimination Act 1995, part I, section 5, par. 2 (a), veröffentlicht unter http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1995/ukpga_19950050_en_2#pt2-pb1-11g5, (letzter Abruf am 3. 10. 2010); auch im schwedischen Prohibition of Discrimination in Working Life of People because of Disability Act von 1999 wird die Nichtvornahme angemessener Vorkehrungen einer Diskriminierung gleichgestellt, vgl. Prohibition of Discrimination in Working Life of People because of Disability Act, section 6; ähnlich wird auch im US-amerikanischen

nahme angemessener Vorkehrungen zugunsten Behinderter ausdrücklich einer unmittelbaren Diskriminierung wegen der Behinderung gleichstellen. Nach der gegenwärtigen Rechtslage bleibt es aber dabei, dass sich die Nichtvornahme angemessener Vorkehrungen im Sinne des Art. 5 der Rahmenrichtlinie nicht als besondere Form der Benachteiligung Behinderter bzw. Schwerbehinderter einordnen lässt.

IV. Ergebnis

Das vorstehende Auslegungsergebnis der Rahmenrichtlinie hat für das deutsche Recht zur Konsequenz, dass nach der gegenwärtigen Rechtslage auch die Nichtbeachtung der Vorgaben aus § 81 Abs. 4 und Abs. 5 SGB IX bzw. aus § 84 SGB IX nicht als eigenständige Form der Benachteiligung Schwerbehinderter eingestuft werden kann. Weigert sich also der Arbeitgeber (zu Unrecht), erforderliche Anpassungen des Arbeitsplatzes eines schwerbehinderten Arbeitnehmers vorzunehmen oder ein Präventionsverfahren oder BEM durchzuführen, liegt allein darin nach der gegenwärtigen Rechtslage keine unmittelbare oder mittelbare Benachteiligung im Sinne des § 3 AGG. Da auch die Rahmenrichtlinie die Nichtvornahme angemessener Vorkehrungen nicht als Form der Benachteiligung wegen der Behinderung einstuft, lässt sich die Annahme einer Benachteiligung auch nicht über eine richtlinienkonforme Auslegung des § 3 AGG begründen.

Die Nichtbeachtung der §§ 81, 84 SGB IX führt damit nicht unmittelbar zu einer Anwendung der Benachteiligungsverbote sowie der besonderen Sanktionsmechanismen des AGG, welche die Effektivität der Vorschriften positiv beeinflussen würde.

ADA die Nichtvornahme angemessener Vorkehrungen zugunsten einer bekannten, körperlichen oder geistigen Beschränkung eines ansonsten qualifizierten Individuums ausdrücklich als Fall der Diskriminierung eingestuft, vgl. 42 U.S.C. § 12112 (5) (A) (2004), veröffentlicht im Internet unter <http://vlex.com/vid/sec-discrimination-19245229>, (letzter Abruf am 3. 10. 2010).

B. Sonstige Einordnung einer Nichtbeachtung der Pflichten aus §§ 81 Abs. 4, Abs. 5, 84 SGB IX in das AGG

Auch wenn die Nichtbeachtung der §§ 81 Abs. 4, Abs. 5, 84 SGB IX selbst keine Form der Benachteiligung Schwerbehinderter im Sinne der §§ 81 Abs. 2 SGB IX, 3 AGG darstellt, liegt gleichwohl ein Verhalten des Arbeitgebers vor, dass in Widerspruch steht zu den Vorgaben aus Art. 5 der Rahmenrichtlinie. Es stellt sich daher die Frage, ob sich ein derart pflichtwidriges Verhalten des Arbeitgebers in anderer Weise als über die direkte Zuordnung zu einem der Benachteiligungstatbestände in das Antidiskriminierungsrecht des AGG einordnen lässt. Ferner stellt sich die Frage, ob eine solche Einordnung unter Berücksichtigung der Vorschriften des AGG Auswirkungen auf die Wirksamkeit eines arbeitgeberseitigen Verhaltens, insbesondere einer Kündigung haben kann. Sollte dies der Fall sein, hätte dies wiederum Auswirkungen auf die Effektivität der von den §§ 81, 84 SGB IX angestrebten Kündigungsprävention.

I. Ausschluss der Rechtfertigung einer Benachteiligung nach § 8 Abs. 1 AGG

Ein Großteil der Literatur ordnet die Pflicht zur Vornahme angemessener Vorkehrungen im Sinne des Art. 5 der Rahmenrichtlinie bzw. der §§ 81 Abs. 4, Abs. 5, 84 SGB IX ausschließlich über die Rechtfertigungsebene in das System des Antidiskriminierungsrechts ein.⁷²⁵ Nach diesem Standpunkt soll ein benachteiligendes Verhalten des Arbeitgebers, welches dieser mit der objektiv fehlenden Eignung eines behinderten Arbeitnehmers zu begründen versucht – wie etwa eine Kündigung – als verbotene Benachteiligung anzusehen sein, wenn durch Vornahme angemessener Vorkehrungen im Sinne des Art. 5 der Rahmenrichtlinie dem behinderten Arbeitnehmer die notwendige Eignung hätte *verschafft* werden können. Dem Arbeitgeber sei in diesem Fall der im Regelfall als Rechtfertigung einer Benachteiligung dienende Einwand verwehrt, dass der behinderte Arbeitnehmer wesentliche und entscheidende berufliche Anforderungen der auszuübenden Tätigkeit mangels objektiver Eignung für die angedachten Arbeitsaufgaben nicht erfüllen könne. Umgekehrt sei eine Benachteiligung Behinderter nur dann gerechtfertigt, sofern der

⁷²⁵ Dau/Düwell/Haines/Düwell, Sozialgesetzbuch IX, § 81, Rn. 46; Erfurter Kommentar/Schlachter, § 8 AGG, Rn. 4; KR/Treber, § 8 AGG, Rn. 28 ff.

Arbeitgeber das behinderungsbedingte Beschäftigungshemmnis nicht durch angemessene Vorkehrungen beseitigen konnte.⁷²⁶

Übertragen auf das deutsche Schwerbehindertenrecht soll danach die Rechtfertigung einer ungünstigeren Behandlung wegen fehlender Eignung eines behinderten Arbeitnehmers ausgeschlossen sein, wenn der betroffene Arbeitnehmer nach Anpassung seines Arbeitsplatzes oder Ausnutzung sonstiger Hilfestellungen im Sinne des § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX die an ihn gestellten Anforderungen hätte erfüllen können. Grundlage für eine Einordnung der Nichtbeachtung der Pflichten aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX bzw. aus § 84 SGB IX in das AGG wäre nach diesem Standpunkt der Rechtfertigungstatbestand des § 8 Abs. 1 AGG.

Es fragt sich, ob eine solche Einordnung nach den Voraussetzungen des § 8 Abs. 1 AGG dogmatisch möglich ist.

1. Anwendbarkeit des § 8 Abs. 1 AGG bei der negativen Anknüpfung an das Nichtvorliegen eines bestimmten Merkmals

Nach § 8 Abs. 1 AGG ist eine unterschiedliche Behandlung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes zulässig, wenn dieser Grund wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern der Zweck rechtmäßig und die Anforderung angemessen ist.

Nach dem ausdrücklichen Wortlaut der Norm wird damit dem Arbeitgeber an sich nur das positive Anknüpfen an das Vorhandensein eines in § 1 AGG genannten Merkmals erlaubt und nur dieses als gerechtfertigt angesehen, wenn das Vorliegen des vom Arbeitgeber vorausgesetzten Merkmals eine entscheidende und wesentliche berufliche Anforderung für die auszuübende Tätigkeit darstellt. Das negative Anknüpfen an das Fehlen eines bestimmten Merkmals, wie zum Beispiel einer Behinderung, wird vom Wortlaut des § 8 AGG dagegen nicht ausdrücklich erfasst.⁷²⁷

Diese positive Anknüpfung geht zurück auf die Vorgaben der Rahmenrichtlinie. Auch nach Art. 4 der Rahmenrichtlinie werden Ungleichbehandlungen als zulässig betrachtet, wenn das Vorliegen eines bestimmten Merkmals im positiven Sinne eine spezifische berufliche

⁷²⁶ Erfurter Kommentar/*Schlachter*, § 8 AGG, Rn. 4.

⁷²⁷ *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, S. 131, mit Bezug auf die vergleichbare Vorschrift des Art. 4 der Rahmenrichtlinie.

Anforderung für eine bestimmte Tätigkeit darstellt. Als Beispiel für den Anwendungsbereich des Art. 4 der Rahmenrichtlinie nennt die Begründung zum Vorschlag der Europäischen Kommission denn auch das Anknüpfen an das positive Vorliegen einer bestimmten religiösen Überzeugung als Beschäftigungsvoraussetzung bei Organisationen, die diese religiöse Überzeugung vertreten.⁷²⁸

Trotz dieser Unstimmigkeiten aufgrund des Wortlautes des § 8 AGG ist davon auszugehen, dass auch das negative Anknüpfen an das Nichtvorliegen eines bestimmten Merkmals nach Maßgabe der Vorschrift gerechtfertigt sein kann.⁷²⁹

Hierfür sprechen zwei Gründe. Zunächst ist zu berücksichtigen, dass die Rahmenrichtlinie nur einen allgemeinen Rahmen für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf festlegt. Damit korrespondiert ein Rechtsanwendungsermessen zu Gunsten der mitgliedstaatlichen Judikative im Hinblick auf die Begriffsbildung.⁷³⁰ Über die Wahl einer Rahmenrichtlinie soll den Mitgliedstaaten hinreichend Flexibilität bei der Umsetzung der Vorschriften eingeräumt werden.⁷³¹ Auf nationaler Ebene ist damit ein Auslegungsspielraum eröffnet, auch im Hinblick auf den Rechtfertigungstatbestand nach § 8 AGG.

Nach dem Erwägungsgrund siebzehn der Rahmenrichtlinie heißt es zudem mit Bezug auf die Pflicht zur Vornahme angemessener Vorkehrungen ausdrücklich, dass „(...) mit dieser Richtlinie (...) nicht die Einstellung, der berufliche Aufstieg, die Weiterbeschäftigung oder die Teilnahme an Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen einer Person vorgeschrieben (...)“ [ist], „(...) wenn diese Person für die Erfüllung der wesentlichen Funktionen des

⁷²⁸ Begründung zum Vorschlag der Kommission der Europäischen Gemeinschaften für eine Richtlinie des Rates zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf vom 25.11.1999, KOM (1999) 565 endg., S. 11 ff.

⁷²⁹ Im Ergebnis, mit anderer Begründung und Bezug auf die Rahmenrichtlinie so auch *Mohr*, Arbeitsrechtlicher Kündigungsschutz und Europarecht, S. 72 ff., m.w.Nw.; mit Bezug auf die Rahmenrichtlinie ablehnend, für das deutsche Recht aber wie hier *MünchKomm/Thüsing*, Band 1, 2. Halbband, § 8 AGG, Rn. 6.

⁷³⁰ *Domröse*, NZA 2006, S. 1320, (1320).

⁷³¹ Begründung zum Vorschlag der Kommission der Europäischen Gemeinschaften für eine Richtlinie des Rates zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf vom 25.11.1999, KOM (1999) 565 endg., S. 7.

*Arbeitsplatzes oder zur Absolvierung einer bestimmten Ausbildung nicht kompetent, fähig oder verfügbar ist.*⁷³²

Mit anderen Worten muss dem Arbeitgeber die Ablehnung eines behinderten Arbeitnehmers bei Fragen der Weiterbeschäftigung erlaubt sein, wenn er diese Schlechterstellung damit begründen kann, dass der behinderte Arbeitnehmer die *wesentlichen Funktionen* des Arbeitsplatzes mangels objektiver Eignung nicht erfüllen kann. Dies zeigt, dass nach dem Grundgedanken der Rahmenrichtlinie auch ein negatives Anknüpfen an das Nichtvorliegen einer Behinderung bzw. behinderungsbedingten Einschränkung aus Gründen mangelnder Eignung bzw. Kompetenz gerechtfertigt sein kann.

2. Voraussetzungen des Rechtfertigungstatbestandes nach § 8 Abs. 1 AGG

Ist damit eine Rechtfertigung auch bei Anknüpfen an das Nichtvorliegen einer Behinderung grundsätzlich nach § 8 AGG möglich, setzt dies voraus, dass das Nichtvorliegen der Behinderung bzw. einer behinderungsbedingten Einschränkung wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine *wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung* ist. Zudem muss die Anforderung erforderlich sein und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zwischen beruflichem Zweck und Schutz vor Benachteiligung standhalten.⁷³³

Eine Anforderung ist entscheidend für die Ausübung einer beruflichen Tätigkeit, wenn diese ansonsten nicht oder nicht vertragsgemäß durchgeführt werden kann.⁷³⁴ Wesentlich ist eine berufliche Anforderung, wenn ein hinreichend großer Teil der Gesamtforderungen des Arbeitsplatzes betroffen ist.⁷³⁵ Damit reicht es für die Rechtfertigung einer unmittelbaren Benachteiligung nicht aus, dass diese lediglich auf sachliche Gründe gestützt wird. Vielmehr ist bei der wesentlichen und entscheidenden beruflichen Anforderung darauf abzustellen, ob der

⁷³² Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, Erwägungsgrund (17).

⁷³³ MüKo/Thüsing, Band 1, 2. Halbband, § 8 AGG, Rn. 5.

⁷³⁴ Horn, Arbeitsrechtlicher Kündigungsschutz und Europarecht, S. 73; MüKo/Thüsing, a.a.O. (Fn. 733), Rn. 9.

⁷³⁵ Erfurter Kommentar/Schlachter, § 8 AGG, Rn. 4.

Arbeitnehmer seiner vertraglich geschuldeten Arbeitsleistung nachkommen kann.⁷³⁶

In welchen Fallkonstellationen bei der Kündigung schwerbehinderter Arbeitnehmer die Anforderungen des Arbeitgebers an die Weiterbeschäftigung als entscheidend und wesentlich anzuerkennen sind, ist noch nicht abschließend geklärt. So stellt sich speziell bei schwerbehinderten Arbeitnehmern die Frage, ob bereits eine behinderungsbedingte Einschränkung der Leistungsfähigkeit nur für bestimmte Tätigkeiten des Aufgabenbereiches ausreicht, um vom Fehlen einer entscheidenden und wesentlichen beruflichen Anforderung auszugehen. Ähnlich problematisch dürften Fallgestaltungen der sogenannten *Lowperformer* zu beurteilen sein, in denen der schwerbehinderte Arbeitnehmer seine vertraglich geschuldete Arbeitsleistung erbringen kann, hierfür aber eben deutlich länger braucht als seine nicht behinderten Kollegen. Ungewiss ist auch, ob immer wiederkehrende Kurzerkrankungen, die bisher ausreichend waren, um eine krankheitsbedingte Kündigung nach § 1 Abs. 2 KSchG zu rechtfertigen, den Voraussetzungen des § 8 AGG genügen. Richtigerweise wird es hier immer auf den konkreten, arbeitsvertraglich geschuldeten Aufgabenbereich des schwerbehinderten Arbeitnehmers ankommen.⁷³⁷

Letztlich brauchen die vorstehenden Fragen im Rahmen dieser Arbeit aber nicht beantwortet zu werden, da vorliegend nur der Einfluss der arbeitgeberseitigen Pflichten aus §§ 81 Abs. 4, Abs. 5, 84 SGB IX auf den Rechtfertigungstatbestand des § 8 Abs. 1 AGG auf dem Prüfstand steht. Diese Pflichten sind aber in jedem Fall bei der Frage zu berücksichtigen, ob eine bestimmte Anforderung als entscheidend und wesentlich für die Weiterbeschäftigung eines schwerbehinderten Arbeitnehmers anzusehen ist. Eine berufliche Anforderung ist nämlich nur entscheidend, wenn der Arbeitnehmer seiner geschuldeten Arbeitsleistung nicht mehr nachkommen könnte, wenn er dieser Anforderung nicht mehr gerecht werden würde. Hier sind bei schwerbehinderten Arbeitnehmern die Pflichten des Arbeitgebers aus §§ 81 Abs. 4, Abs. 5, 84 SGB IX zu berücksichtigen. Kann der Arbeitgeber durch Vornahme angemessener Vorkehrungen im Sinne der genannten Normen dafür Sorge tragen, dass der schwerbehinderte Arbeitnehmer den an ihn gestellten Anforderungen

⁷³⁶ Erfurter Kommentar/*Schlachter*, a.a.O. (Fn. 735).

⁷³⁷ MüKo/*Thüsing*, Band 1, 2. Halbband, § 8 AGG, Rn. 10.

wieder gerecht werden kann, kommt die Rechtfertigung einer ungünstigere Behandlung des schwerbehinderten Arbeitnehmers nach § 8 Abs. 1 AGG nicht in Betracht.

Dogmatisch ergibt sich dies aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, an dem die berufliche Anforderung zu messen ist. Diese muss einen legitimen Zweck verfolgen und unter Berücksichtigung des verfolgten Zweckes erforderlich und angemessen sein. Kündigt ein Arbeitgeber einem leistungs-beeinträchtigten, schwerbehinderten Arbeitnehmer oder lehnt eine Beförderung oder Weiterbildung wegen objektiv fehlender Eignung ab, hat dies zum Ziel, ein gestörtes Äquivalenzverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung im Arbeitsverhältnis zu beenden bzw. gar nicht erst entstehen zu lassen. Als solches liegt darin eine legitime Zwecksetzung. Dem Arbeitgeber kann nicht zugemutet werden, auf Dauer gegen Zahlung der vollen Vergütung einen schwerbehinderten Arbeitnehmer zu beschäftigen, der für die an ihn gestellten Anforderungen objektiv nicht geeignet ist.

Gleichwohl kann das Mittel der Kündigung bzw. unterlassenen Beförderung oder Weiterbildung unter Berücksichtigung der genannten Zwecksetzung nicht als erforderlich angesehen werden, wenn der Arbeitgeber durch Vornahme angemessener Vorkehrungen hätte bewirken können, dass der Arbeitnehmer den an ihn gestellten Anforderungen im vollen Umfang gerecht wird.

Danach muss die Rechtfertigung einer ungünstigeren Behandlung wegen fehlender Eignung eines behinderten Arbeitnehmers ausgeschlossen sein, wenn der betroffene Arbeitnehmer nach Anpassung seines Arbeitsplatzes oder Ausnutzung sonstiger Hilfestellungen im Sinne des § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX bzw. des § 84 SGB IX die an ihn gestellten beruflichen Anforderungen hätte erfüllen können.

3. Zwischenergebnis zur Einordnung einer Nichtbeachtung der §§ 81, 84 SGB IX in das AGG über die Rechtfertigungsebene

Nach zutreffender Ansicht in der Literatur kann die Rechtfertigung einer unzulässigen Benachteiligung eines schwerbehinderten Arbeitnehmers mit Hinweis auf dessen fehlende Eignung nach § 8 Abs. 1 AGG ausgeschlossen sein, soweit der Arbeitgeber die nach §§ 81 Abs. 4, Abs. 5, 84 SGB IX erforderlichen Vorkehrungen zugunsten des schwerbehinderten Arbeitnehmers ungenutzt gelassen hat. Umgekehrt kann in

diesem Fall eine Benachteiligung des schwerbehinderten Arbeitnehmers nur dann gerechtfertigt sein, sofern der Arbeitgeber die behinderungsbedingt fehlende Übereinstimmung mit dem beruflichen Anforderungsprofil nicht durch angemessene Vorkehrungen im Sinne der genannten Normen hätte beseitigen können.

II. Einordnung über die Tatbestandsebene der Benachteiligung: Vermutung einer diskriminierenden Motivlage des Arbeitgebers

Die dargestellte Einordnung der §§ 81 Abs. 4, Abs. 5, 84 SGB IX über die Rechtfertigungsebene einer unzulässigen Benachteiligung hat den Nachteil, dass die Missachtung der Vorschriften für den Arbeitgeber nur dann nachteilige Konsequenzen hat, wenn das Vorliegen einer unzulässigen Benachteiligung im Sinne des AGG feststeht. Dem betroffenen schwerbehinderten Arbeitnehmer obliegt es also nach wie vor darzulegen und zu beweisen, dass ihm gerade wegen seiner Behinderung eine ungünstigere Behandlung widerfahren ist als anderen Arbeitnehmern. Erst wenn eine solche nachgewiesen ist, kann sich der schwerbehinderte Arbeitnehmer darauf berufen, dass eine Rechtfertigung dieser Benachteiligung im Hinblick auf die Missachtung der Vorgaben aus §§ 81 Abs. 4, Abs. 5, 84 SGB IX nicht in Betracht kommt.

Der Nachweis einer Benachteiligung in Anknüpfung an das Merkmal der Schwerbehinderung kann in der Praxis aber durchaus schwierig sein. So ist fraglich, ob schon die Tatsache, dass sich eine ungünstigere Behandlung auf behinderungsbedingte Fehlzeiten oder Leistungsminderungen stützt, eine Benachteiligung wegen der Behinderung ist. Hier ist die Rechtsprechung des EuGH zur Geschlechterdiskriminierung zu berücksichtigen. Der EuGH hat im Hinblick auf das Merkmal der Kausalität eine geschlechtsbedingte Benachteiligung verneint, wenn eine Entlassung auf Fehlzeiten gestützt wird, die zwar durch eine schwangerschaftsbedingte Erkrankung verursacht waren, aber unter den gleichen Voraussetzungen erfolgt, wie bei Fehlzeiten eines Mannes wegen einer ebenso langen Arbeitsunfähigkeit.⁷³⁸ Ähnlich hat auch das LAG Köln in einer Entscheidung vom 15. Februar 2008 eine Benachteiligung wegen der Behinderung verneint, wenn einem schwerbehinderten Arbeitnehmer im

⁷³⁸ EuGH, Urteil vom 30. 6. 1998, Rechtssache Mary Brown gegen Rentokil Ltd., C-394/96, veröffentlicht bei Juris.

Hinblick auf seine behinderungsbedingten hohen Fehlzeiten eine betriebliche Weiterbildung verwehrt wird.⁷³⁹

Wegen dieser Beweisschwierigkeiten im Hinblick auf den Nachweis einer Benachteiligung gerade wegen der Behinderung droht die Einordnung der Vorgaben aus §§ 81 Abs. 4, Abs. 5, 84 SGB IX über die Rechtfertigungsebene damit zum *stumpfen Schwert* zu werden. Ein verhaltenssteuernder Effekt der Benachteiligungsverbote des AGG im Hinblick auf die Einhaltung der Pflichten aus §§ 81 Abs. 4, Abs. 5, 84 SGB IX wäre daher in der Praxis zumindest anzuzweifeln. Entsprechend hätten die Benachteiligungsverbote des AGG nur geringen Einfluss auf die Effektivität der §§ 81, 84 SGB IX. Nachfolgend soll daher untersucht werden, ob sich die Nichtbeachtung der §§ 81 Abs. 4, Abs. 5, 84 SGB IX nicht bereits auf der Tatbestandsebene der Benachteiligung auswirken kann. Anhaltspunkte für eine solche Einordnung bietet hier die Rechtsprechung des BAG im Zusammenhang mit dem Benachteiligungsverbot schwerbehinderter Menschen nach § 81 Abs. 2 SGB IX a. F bei der Einstellung bzw. im Bewerbungsverfahren.

1. Die Rechtsprechung des BAG zur Benachteiligung Schwerbehinderter nach § 81 Abs. 2 SGB IX a.F. bei der Einstellung und im Bewerbungsverfahren

Nach der Rechtsprechung des BAG begründet es eine Vermutung für das Vorliegen einer Benachteiligung wegen der Schwerbehinderung, wenn der Arbeitgeber es entgegen § 81 Abs. 1 Satz 4 und Satz 6 SGB IX unterlässt, im Einstellungsverfahren nach Eingang der Bewerbung eines Schwerbehinderten die Schwerbehindertenvertretung einzuschalten und diese bei der Prüfung von Beschäftigungsmöglichkeiten zu beteiligen.⁷⁴⁰ Dies begründet das BAG mit der spezifischen Funktion des Beteiligungsverfahrens der Schwerbehindertenvertretung. Die Schwerbehindertenvertretung sei vom Arbeitgeber gerade deshalb zu beteiligen, um die Eingliederung arbeitssuchender, schwerbehinderter Menschen zu fördern und deren Gleichbehandlung im Bewerbungsverfahren sicherzustellen. Die objektive Vereitelung der im Interesse des

⁷³⁹ LAG Köln, Urteil vom 15. 2. 2008, NZA-RR 2008, S. 622, (622 ff.).

⁷⁴⁰ BAG, Urteil vom 15. 2. 2005, BAGE 113, S. 361, (368 ff.); im Zusammenhang mit den Benachteiligungsverboten des AGG so auch Schiek/Kocher, AGG, § 22 AGG, Rn. 33.

schwerbehinderten Bewerbers liegenden Aufgabenerfüllung durch die Schwerbehindertenvertretung sei ein Indiz für die Benachteiligung des schwerbehinderten Bewerbers.⁷⁴¹

In ähnlicher Weise bejaht das BAG eine Vermutung für eine unzulässige Benachteiligung bei der Einstellung dadurch, dass der öffentliche Arbeitgeber nicht, wie nach § 81 Abs. 1 SGB IX vorgesehen, die Agentur für Arbeit einschaltet.⁷⁴² Bei der Pflicht zur Einschaltung der Bundesagentur für Arbeit handele es sich um gesetzlich vorgesehene Instrumente zur Förderung der Teilhabe schwerbehinderter und ihnen gleichgestellter Menschen am Arbeitsleben. Sie seien Vorkehrungen im Sinne von Art. 5 der Rahmenrichtlinie. Der objektiv gesetzeswidrig handelnde Arbeitgeber erwecke daher bei Nichteinschaltung der Bundesagentur für Arbeit den Anschein, nicht nur an der Beschäftigung schwerbehinderter Menschen uninteressiert zu sein, sondern auch möglichen Vermittlungsvorschlägen und Bewerbungen von arbeitssuchenden schwerbehinderten Menschen aus dem Weg gehen zu wollen.⁷⁴³

Folge der vom BAG angenommenen Vermutung für eine Benachteiligung des schwerbehinderten Menschen im Bewerbungsverfahren ist eine Beweislastumkehr zu Lasten des Arbeitgebers. Diesem obliegt es, die Vermutung zu entkräften, also darzulegen und zu beweisen, dass nicht auf die Behinderung bezogene Gründe eine unterschiedliche Behandlung des schwerbehinderten Bewerbers rechtfertigen.⁷⁴⁴

2. Übertragbarkeit der Rechtsprechung auf die Fälle der Nichtbeachtung der §§ 81 Abs. 4, Abs. 5, 84 SGB IX

Berücksichtigt man die Argumentation des BAG zu § 81 Abs. 2 SGB IX a.F., lässt sich die skizzierte Rechtsprechung auch auf die Fälle übertragen, in denen der Arbeitgeber es unterlässt, im laufenden Arbeitsverhältnis oder vor Ausspruch einer Kündigung die nach

⁷⁴¹ BAG, a.a.O. (Fn. 740).

⁷⁴² BAG, Urteil vom 12. 9. 2006, NZA 2007, S. 507, (510 ff.); in diesem Sinne bejaht das BAG auch in einer neueren Entscheidung aus dem Jahr 2008 eine Vermutung für eine Benachteiligung, wenn der öffentliche Arbeitgeber entgegen § 82 Satz 3 SGB IX einen schwerbehinderten Bewerber nicht zu einem Vorstellungsgespräch einlädt, vgl. BAG, Urteil vom 16. 9. 2008, NZA 2009, S. 79, (79 ff.); ablehnend *Diller*, der meint, die unterlassene Privilegierung eines schwerbehinderten Bewerbers könne nicht mit einer Benachteiligungsabsicht gleichgesetzt werden, vgl. *Diller*, NZA 2007, S. 1321, (1324), BAG, Urteil vom 12. 9. 2006, NZA 2007, S. 507, (510 ff.).

⁷⁴³ BAG, Urteil vom 12. 9. 2006, NZA 2007, S. 507, (510 ff.).

⁷⁴⁴ BAG, a.a.O. (Fn. 743), S. 507, (511).

§ 81 Abs. 4 und Abs. 5 SGB IX an sich gebotenen Vorkehrungen im Hinblick auf den Arbeitsplatz eines schwerbehinderten Arbeitnehmers zu treffen bzw. die in § 84 SGB IX normierten Verfahren durchzuführen.⁷⁴⁵ Auch in diesen Fällen lässt der Arbeitgeber obligatorische Pflichten außer Acht, die sicherstellen sollen, dass alle möglichen und zumutbaren Hilfestellungen zugunsten eines schwerbehinderten Arbeitnehmers genutzt werden, um ihm eine gleichberechtigte Teilhabe am Arbeitsleben zu ermöglichen und die möglichst dauerhafte Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu gewährleisten. Auch die Regelungen der §§ 81 Abs. 4, Abs. 5, 84 SGB IX sind zudem als angemessene Vorkehrungen im Sinne des Art. 5 der Rahmenrichtlinie anzusehen. Die Nichtbeachtung dieser Regelungen begründet daher gleichermaßen – wie die Nichteinschaltung der Schwerbehindertenvertretung bzw. der Agentur für Arbeit im Bewerbungsverfahren – die Vermutung, dass der Arbeitgeber an der Weiterbeschäftigung schwerbehinderter Arbeitnehme kein Interesse hat und auch die Unterstützungsmöglichkeiten von Integrationsamt und Rehabilitationsleistungsträgern nicht in Anspruch nehmen will. Entsprechend besteht bei der Nichtbeachtung der Pflichten aus §§ 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX, 84 SGB IX eine Vermutung dahingehend, dass ein sich daran anschließendes, den schwerbehinderten Arbeitnehmer benachteiligendes Verhalten des Arbeitgebers auf eine diskriminierende Motivlage zurückzuführen ist.⁷⁴⁶ Kommt es demgemäß zu einer den schwerbehinderten Menschen benachteiligenden Handlung oder Unterlassung, zum Beispiel zum Ausspruch einer Kündigung oder zur Ablehnung einer Beförderung oder Weiterbildung, besteht eine Vermutung dahingehend, dass auch die Kündigung bzw. Ablehnung der Beförderung bzw.

⁷⁴⁵ Im Hinblick auf die Rechtsprechung des BAG vermutet auch *Mohr*, dass die Rechtsprechung künftig auch die Nichtbeachtung der Pflichten aus § 81 Abs. 4 SGB IX bzw. sonstiger Pflichten aus dem SGB IX als Indiz für eine unzulässige Diskriminierung wegen einer Behinderung ansehen wird; allerdings lehnt er dies im Ergebnis ab, vgl. *Mohr*, br 2008, S. 34, (53 ff.).

⁷⁴⁶ a.A. Erfurter Kommentar/*Schlachter*, § 22 AGG, Rn. 3 mit Verweis auf ein Urteil des BAG vom 24. 1. 2008, nach welchem die Nichtdurchführung von Präventionsverfahren oder BEM innerhalb der ersten sechs Monate der Beschäftigung keine kündigungsrechtlichen Auswirkungen haben soll; nach Ansicht des BAG soll § 84 SGB IX danach in diesem Zeitrahmen auch nicht als angemessene Vorkehrung im Sinne des Art. 5 der Rahmenrichtlinie angesehen werden können und entsprechend die Nichtdurchführung der Verfahren nicht wegen des Diskriminierungsverbotes wegen einer Behinderung einer Kündigung entgegenstehen können, vgl. BAG, Urteil vom 24. 1. 2008, NZA-RR 2008, S. 405, (405 ff.).

Weiterbildung auf einer den schwerbehinderten Arbeitnehmer diskriminierenden Motivlage beruht, die Kündigung oder sonstige benachteiligende Handlung oder Unterlassung also ausschließlich wegen der Schwerbehinderung erfolgt ist.

Dogmatisch erfolgt die Einordnung der Nichtvornahme angemessener Vorkehrungen im Sinne der §§ 81 Abs. 4, Abs. 5, 84 SGB IX in das AGG somit über eine Umkehr der Beweislast im Hinblick auf das Merkmal der Kausalität. Rechtsgrundlage hierfür ist § 22 AGG. Danach tritt eine Beweislastumkehr für das Nichtvorliegen einer diskriminierenden Benachteiligung zum Nachteil des Arbeitgebers ein, wenn der Arbeitnehmer Indiztatsachen nachweist, die das Vorliegen einer Benachteiligung gerade wegen der Behinderung vermuten lassen.⁷⁴⁷ Um derartige Indiztatsachen handelt es sich, wie ausgeführt, wenn der Arbeitgeber seinen Pflichten aus §§ 81 Abs. 4, Abs. 5, 84 SGB IX nicht nachkommt.

Die Nichtbeachtung der §§ 81, 84 SGB IX führt über § 22 AGG indes nicht zu einer vollständigen Beweislastumkehr. Der betroffene schwerbehinderte Arbeitnehmer muss nach wie vor das Vorliegen einer ungünstigeren Behandlung, also einer unmittelbaren oder mittelbaren Benachteiligung durch den Arbeitgeber darlegen und beweisen.⁷⁴⁸

⁷⁴⁷ In Zusammenhang mit der Bereichsausnahme des § 2 Abs. 4 AGG, wonach Kündigungen vom Anwendungsbereich des AGG ausgenommen sind, ist in der Literatur umstritten, ob die Beweislastregelung des AGG bei Kündigungen Anwendung finden kann, vgl. hierzu *Ascheid/Preis/Schmidt/Preis*, KSchR, Grundlagen J, Rn. 71f.; *Beck OK/Roloff*, § 2 AGG, Rn. 26; die Vertreter, die eine Anwendung des § 22 AGG in Bezug auf Kündigungen ablehnen, gelangen aber über eine europarechtskonforme Auslegung des § 138 Abs. 2 ZPO zu gleichen Ergebnissen, vgl. *Ascheid/Preis/Schmidt/Preis*, KSchR, Grundlagen J, Rn. 71f.; im Ergebnis kann die Frage der Anwendbarkeit des § 22 AGG hier also dahinstehen; die Europarechtskonformität des § 2 Abs. 4 AGG und der Anwendbarkeit des AGG bei Kündigungen wird im weiteren Verlauf der Arbeit noch thematisiert und soll daher an der vorliegenden Stelle unbeantwortet bleiben.

⁷⁴⁸ So die überwiegende Meinung in Rechtsprechung und Literatur, vgl. LAG Köln, Urteil vom 18. 9. 2008, 13 Sa 531/08, veröffentlicht bei *Juris*; LAG Saarland, Urteil vom 3. 12. 2008, 1 Sa 71/08, veröffentlicht bei *Juris*; LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 2. 6. 2009, 3 Sa 499/09, veröffentlicht bei *Juris*; *Erfurter Kommentar/Schlachter*, § 22 AGG, Rn. 2; *Rust/Falke/Falke*, AGG, § 22, Rn. 43 ff.; *Schiek/Kocher*, AGG, § 22, Rn. 10 ff.; *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, S. 255; a.A. für eine vollständige Beweislastumkehr auch im Hinblick auf das Vorliegen einer unmittelbaren oder mittelbaren Benachteiligung *Däubler/Bertzbach/Bertzbach*, AGG, § 22, Rn. 15 ff.; *Deinert*, DB 2007, S. 398 (402); *Düwell*, BB 2006, S. 1741, (1744); *Gaier/Endtland/Gaier*, AGG, § 22, Rn. 138, 152; *Windel*, RdA 2007, S. 1 ff.

Der Nachweis der Nichtbeachtung der §§ 81, 84 SGB IX führt sodann zu der Vermutung, dass diese Benachteiligung ausschließlich *wegen* der Schwerbehinderung erfolgt ist, also auf eine diskriminierende Motivlage des Arbeitgebers zurückzuführen ist. Entbehrlich wird somit für den Arbeitnehmer nur der Nachweis der Kausalität, also dass eine Benachteiligung gerade *wegen* der Behinderung erfolgt ist.

III. Folgen der Vermutung einer diskriminierenden Motivlage

Mit der Feststellung, dass die Nichtbeachtung der Pflichten aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX bzw. aus § 84 SGB IX eine Vermutung für eine diskriminierende Motivlage des Arbeitgebers begründet, ist noch nicht beantwortet, welche Rechtsfolgen sich hieran anknüpfen. Dies ist aber entscheidend für die Beurteilung der Frage, welchen Einfluss die Benachteiligungsverbote des AGG auf die Effektivität der §§ 81, 84 SGB IX im Hinblick auf das Ziel der Kündigungsprävention haben. Denn die Beachtung der Pflichten aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX bzw. aus § 84 SGB IX durch den Arbeitgeber ist – um auf die der Arbeit zugrundeliegende These zurückzukommen – umso wahrscheinlicher, je empfindlicher die Folgen ihrer Nichtbeachtung sind. Sollten sich also für den Arbeitgeber, der zu Unrecht die behindertengerechte Anpassung eines Arbeitsplatzes oder die Durchführung eines Präventionsverfahrens bzw. BEM ablehnt, nachteilige Folgen aus dem AGG ergeben, wäre dies auch von Bedeutung für die Effektivität der §§ 81, 84 SGB IX.

1. Folgen im laufenden Arbeitsverhältnis

Im laufenden, ungekündigten Arbeitsverhältnis führt die Nichtbeachtung der Pflichten aus §§ 81, 84 SGB IX nach § 22 AGG zu der Vermutung, dass sich ein an diesen Verstoß unmittelbar anschließendes Verhalten des Arbeitgebers zum Nachteil des schwerbehinderten Arbeitnehmers von einer diskriminierenden Motivlage des Arbeitgebers getragen war.

Gelingt dem schwerbehinderten Arbeitnehmer also der Nachweis, dass ihm eine ungünstigere Behandlung widerfahren ist als anderen, vergleichbaren Arbeitnehmern, obliegt es dem Arbeitgeber die durch die Nichtbeachtung der §§ 81 Abs. 4, Abs. 5, 84 SGB IX begründete Vermutung zu entkräften, dass die ungünstigere Behandlung wegen der Schwerbehinderung erfolgt ist. Dies kann dem Arbeitgeber dadurch gelingen, dass er nachweist, dass die nach § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX erforderlichen Vorkehrungen im

konkreten Fall mit unzumutbaren oder unverhältnismäßigen Aufwendungen verbunden gewesen wären bzw. die Durchführung eines Präventionsverfahrens bzw. BEM von vornherein aussichtslos oder entbehrlich gewesen ist. Ein weiterer, die Vermutung widerlegender Einwand des Arbeitgebers kann zudem die fehlende Kenntnis von der Schwerbehinderteneigenschaft des Arbeitnehmers sein.⁷⁴⁹

Gelingt es dem Arbeitgeber nicht, derartige Umstände darzulegen und zu beweisen, hat dies für ihn nachteilige Konsequenzen. Die unterlassene Durchführung eines Präventionsverfahrens oder BEM bzw. die Nichtaus-schöpfung möglicher und zumutbarer Hilfestellungen nach § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX hätte zur Folge, dass ein sich an dieses Verhalten unmittelbar anschließendes benachteiligendes Tun oder Unterlassen als unzulässige Benachteiligung des schwerbehinderten Arbeitnehmers im Sinne der §§ 81 Abs. 2 SGB IX, 3 AGG anzusehen wäre.

Die daran anknüpfenden Sanktionen des AGG⁷⁵⁰ würden für den Arbeitgeber eine Verschärfung der allgemeinen, im Rahmen des dritten Teils der Arbeit näher dargestellten Rechtsfolgen bedeuten. So müsste der Arbeitgeber ggf. für diese Benachteiligung eine Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG zahlen, selbst wenn ihm kein Verschulden zur Last gelegt werden kann. Nach den allgemeinen Vorschriften könnte der schwerbehinderte Arbeitnehmer allenfalls einen verschuldensabhängigen Schadenersatzanspruch nach § 823 Abs. 2 BGB bzw. § 280 Abs. 1 BGB geltend machen, nicht aber einen verschuldensunabhängigen, und damit an weniger strengere Voraussetzungen geknüpften Entschädigungsanspruch.⁷⁵¹ Mittelbar würde damit auch die Nichtbeachtung der Pflichten aus §§ 81 Abs. 4, Abs. 5, 84 SGB IX durch das AGG zusätzlich sanktioniert. Diese drohenden Sanktionen sowie die Indizwirkung nach § 22 AGG könnten bewirken, dass sich Arbeitgeber eher bereit zeigen, auch im noch ungekündigten Arbeitsverhältnis die bestehenden Pflichten aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGBIX bzw. aus § 84 SGB IX zu befolgen.

⁷⁴⁹ So *Mohr*, br 2008, S. 34, (39), mit Bezug auf eine Diskriminierung bei der Einstellung; in diesem Sinne wohl auch *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, S. 257.

⁷⁵⁰ Als besondere Sanktionen des AGG zu nennen sind hier etwa die Regelungen des § 15 AGG zu Schadenersatz und Entschädigung oder die Möglichkeit des Betriebsrates bzw. einer im Betrieb vertretenen Gewerkschaft, bei groben Verstößen des Arbeitgebers gegen das AGG, gemäß § 23 Abs. 3 Satz 1 BetrVG gegen den Arbeitgeber vorzugehen.

⁷⁵¹ *Kossens/von der Heide/Maaß/Kossens*, SGB IX, § 81, Rn. 40, m.w.Nw.

Schwierigkeiten bestehen indes bei der Bildung praxisnaher Beispielsfälle für derartige Benachteiligungen im ungekündigten Arbeitsverhältnis. Bei den Beispielen aus der Rechtsprechung zur Benachteiligung eines Schwerbehinderten bei der Einstellung bildet die unterlassene Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung bzw. der Bundesagentur für Arbeit das Indiz für eine Benachteiligung in Form der nicht erfolgten Einstellung oder nicht erfolgten Einladung zum Vorstellungsgespräch. Indiz und Benachteiligung hängen in derartigen Fällen somit untrennbar zusammen.

Dies führt zu der auch für den vorliegenden Fall notwendigen Einschränkung der durch die Nichtbeachtung der §§ 81, 84 SGB IX begründeten Indizwirkung. Diese kann sich nur auf solche Benachteiligungen beziehen, die in einem zeitlichen und sachlichen Zusammenhang mit der Missachtung der genannten Vorschriften stehen. So erzeugt eine Nichtbeachtung der Pflichten aus §§ 81 Abs. 4, Abs. 5, 84 SGB IX beispielsweise die erwähnte Indizwirkung, wenn der Arbeitgeber eine Beförderung des schwerbehinderten Arbeitnehmers unterlässt mit Hinweis auf dessen mangelnde Eignung oder Körperkraft für die in Aussicht genommene Position. Da die Pflichten aus §§ 81, 84 SGB IX gerade dazu beitragen sollen, derartige behinderungsbedingte Defizite eines schwerbehinderten Arbeitnehmers zu überwinden, begründet eine Nichtbeachtung der Vorschriften die vom Arbeitgeber zu widerlegende Vermutung, dass eine unterlassene Beförderung auf diskriminierenden Motiven beruht. Gleiches gilt, wenn der Arbeitgeber dem schwerbehinderten Arbeitnehmer die Teilnahme an einer Weiterbildung verwehrt mit Hinweis gerade auf solche Defizite, die bei Beachtung der Pflichten aus §§ 81 Abs. 4, Abs. 5, 84 SGB IX hätten überwunden werden können.

Ein in der Praxis wohl häufig auftretendes Beispiel für die hier dargestellten Fallgestaltungen stellt auch die unterlassene Weiterbeschäftigung des schwerbehinderten Arbeitnehmers dar, infolge des Ausspruchs einer arbeitgeberseitigen Kündigung wegen behinderungsbedingter Fehlzeiten oder Leistungsminderungen. Daher soll sich die Untersuchung nachfolgend auf die Frage konzentrieren, ob die zu vermutende diskriminierende Motivlage auch zur Unwirksamkeit einer solchen Kündigung führen kann.

2. Folgen für die Wirksamkeit einer Kündigung

Ob eine nach § 22 AGG zu vermutende diskriminierende Motivlage des Arbeitgebers wegen Nichtbeachtung der Pflichten aus §§ 81 Abs. 4, Abs. 5, 84 SGB IX zur Unwirksamkeit einer Kündigung nach Maßgabe der §§ 7 Abs. 1 AGG, 134 BGB führen kann, ist, wie bereits dargelegt, für die Effektivität der Vorschriften aus dem SGB IX von Bedeutung. Ließe sich eine derartige Unwirksamkeitsfolge nach dem AGG feststellen und zwar ungeachtet ggfs. vorliegender objektiv gerechtfertigter Kündigungsgründe, ist zu erwarten, dass insbesondere diese Rechtsfolge einen verhaltenssteuernden Effekt auf Arbeitgeber haben würde. Das durch die Nichtbeachtung der §§ 81, 84 SGB IX begründete Risiko, den Vorwurf einer diskriminierenden Motivlage als Grund für die Kündigung nicht entkräften zu können mit der Folge, dass die Kündigung als unzulässige Benachteiligung und damit nach § 7 Abs. 1 AGG i.V.m. § 134 BGB als unwirksam erachtet wird, würde den Anreiz für Arbeitgeber erhöhen, die Pflichten aus §§ 81, 84 SGB IX zu beachten.⁷⁵²

Insbesondere im Kleinbetrieb, in dem das Kündigungsschutzgesetz nach § 23 Abs. 1 KSchG keine Anwendung findet, sowie vor Ablauf der Wartezeit nach § 1 Abs. 1 KSchG, also innerhalb der ersten sechs Monate der Beschäftigung, würden die Benachteiligungsverbote des AGG damit eine Einschränkung des arbeitgeberseitigen Kündigungsrechts und zugleich eine Stärkung der praktischen Wirksamkeit der §§ 81, 84 SGB IX bewirken. Denn allein nach den allgemeinen kündigungsschutzrechtlichen Bestimmungen und bisherigen Maßstäben der §§ 138, 242 BGB hätte die Nichtbeachtung der genannten Vorschriften im Kleinbetrieb bzw. in den ersten sechs Monaten der Beschäftigung wegen der Unanwendbarkeit des allgemeinen Verhältnismäßigkeitsprinzips in der Regel keine Einschränkung des Kündigungsrechts des Arbeitgebers zur Folge.⁷⁵³

⁷⁵² Zutreffend weist *Thüsing* daraufhin, dass, nachdem der Arbeitnehmer ein Indiz für die Diskriminierung nachgewiesen hat, der Arbeitgeber auch das Risiko des *non liquet* trägt, also das Risiko, dass ihm der Gegenbeweis nicht gelingt; der Arbeitgeber muss auch in diesem Fall hinnehmen, dass seine Kündigung dann als diskriminierend und unwirksam angesehen wird, auch wenn hierfür nur eine Vermutung streitet, vgl. *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, S. 258 ff.

⁷⁵³ Dies gilt jedenfalls, soweit, wie wohl in der Praxis der Regelfall, der Arbeitgeber die Vorgaben aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX nicht vorsätzlich außer Acht lässt und eine *arbeitsbedingte* Arbeitsunfähigkeit oder Leistungsminderung des schwerbehinderten Arbeitnehmers nicht billigend in Kauf nimmt, siehe hierzu bereits die Ausführungen zu

Aufgrund dieser Bedeutung der Benachteiligungsverbote des AGG für die Effektivität der §§ 81, 84 SGB IX, soll untersucht werden, ob das AGG bei benachteiligenden Kündigungen des Arbeitgebers überhaupt zur Anwendung gelangen kann.

a. Anwendbarkeit des AGG bei Kündigungen: Die Bereichsausnahme nach § 2 Abs. 4 AGG

Dem ersten Anschein nach kann eine zu vermutende diskriminierende Motivlage des Arbeitgebers bei der Kündigung und damit einhergehend ein Verstoß gegen die Benachteiligungsverbote nach §§ 81 Abs. 2 SGB IX, 3 AGG nicht dazu führen, dass eine Kündigung nach den Bestimmungen des AGG als unwirksam anzusehen ist. Nach dem klaren Wortlaut des § 2 Abs. 4 AGG heißt es scheinbar unmissverständlich, dass für Kündigungen *ausschließlich* die Bestimmungen zum allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz gelten. Trotz dieses klaren Wortlautes hat das BAG in einer Grundsatzentscheidung aus dem Jahr 2008 entschieden, dass die Bereichsausnahme des § 2 Abs. 4 AGG in dem Sinne auszulegen sei, dass die Diskriminierungsverbote des AGG auch für Kündigungen zur Anwendung gelangen sollten.⁷⁵⁴

aa. Die Entscheidung des BAG vom 6. November 2008

In seiner Grundsatzentscheidung vom 6. November 2008 hatte sich das BAG mit der Zulässigkeit von vereinbarten Punkteschemata und Altersgruppenbildungen in einem Interessenausgleich und Sozialplan zu befassen. Zusammenfassend ging es darum zu beurteilen, ob der Interessenausgleich sowie die auf der Grundlage des vereinbarten Punkteschemas und der Altersgruppen gebildete Namensliste der zu kündigenden Arbeitnehmer vor dem Hintergrund des Verbots der Altersdiskriminierung gegen § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG verstießen. Das BAG verneinte das und setzte sich im Zuge seiner Entscheidung auch mit dem in § 2 Abs. 4 AGG zum Ausdruck gebrachten Verhältnis zwischen AGG und Kündigungsschutzrecht auseinander.

Nach Auffassung des BAG steht § 2 Abs. 4 AGG der Anwendung der materiellen Diskriminierungsverbote in ihrer näheren gesetzlichen Ausgestal-

einer Nichtbeachtung des § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX auf die materielle Wirksamkeit einer Kündigung unter: Dritter Teil, C., VI.

⁷⁵⁴ BAG, Urteil vom 6. 11. 2008, ArbuR 2009, S. 358, (358 ff.).

tung (§§ 1-10 AGG) bei Kündigungen nicht im Wege. Allerdings sollen Verstöße gegen die Diskriminierungsverbote des AGG *nach den kündigungrechtlichen Maßgaben gewertet werden*. Was dies bedeuten soll, führt das BAG indes nur ansatzweise für den Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes aus. Danach sollen Verstöße gegen die Diskriminierungsverbote des AGG im Zusammenhang mit der Frage zu erörtern sein, ob die Kündigung sozial gerechtfertigt ist oder nicht.⁷⁵⁵ Die Diskriminierungsverbote sollen dagegen nicht als eigene Unwirksamkeitsnormen angewendet werden.⁷⁵⁶

Grundlage dieser Aussagen ist eine vom BAG im Lichte der Rahmenrichtlinie vorgenommene Auslegung des § 2 Abs. 4 AGG. Trotz der eindeutigen Formulierung der Norm,⁷⁵⁷ wonach für Kündigungen ausschließlich die Bestimmungen zum allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz gelten, meint das BAG, dies spreche nur scheinbar für einen vollständigen Ausschluss der Anwendung des AGG auf Kündigungen. Tatsächlich, so das BAG, bilde der Wortlaut den Sinn der Regelung nicht vollständig ab. Diesen Sinn folgert das BAG sodann aus dem gesetzsystematischen Zusammenhang, in dem sich § 2 Abs. 4 AGG befindet, sowie aus der Entstehungsgeschichte der Norm. Da das AGG der Umsetzung der europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien diene, die eben auch vor diskriminierenden Kündigungen schützen sollten, leuchte es wenig ein, so das BAG wörtlich, eine zentrale Vorschrift dieses Gesetzes i.d.S. auszulegen, sie verbiete die Anwendung der Diskriminierungsverbote auf Kündigungen.

Im Übrigen folgert das BAG aus § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG, der die Unzulässigkeit von Benachteiligungen ausdrücklich auch für Entlassungsbedingungen anordnet, dass der Gesetzgeber mit der Regelung des § 2 Abs. 4 AGG keine Bereichsausnahme für Kündigungen habe regeln wollen. Ansonsten träfe das Gesetz in ein- und derselben Vorschrift diametral gegensätzliche Anwendungsbefehle. Ziel des Verweises in § 2 Abs. 4 AGG sei daher nicht ein Anwendungsausschluss der Diskriminierungsverbote bei Kündigungen,

⁷⁵⁵ Die Diskriminierungsverbote des AGG stellten Konkretisierungen des Begriffs der Sozialwidrigkeit dar, vgl. BAG, Urteil vom 6. 11. 2008, ArbuR 2009, S. 358, (358 ff.); im Ergebnis ebenfalls für eine derartige *richtlinienkonforme* Auslegung des § 2 Abs. 4 AGG: *Bauer/Göpfert/Krieger*, AGG, § 2, Rn. 55 ff. und *Rust/Falke/Bertelsmann*, AGG, § 2, Rn. 253 ff.

⁷⁵⁶ BAG, Urteil vom 6. 11. 2008, a.a.O. (Fn. 755).

⁷⁵⁷ So zu Recht kritisch *Benecke*, ArbuR 2009, S. 326, (330).

sondern „die Beschreibung des Weges, auf dem die Diskriminierungsverbote des AGG in das bisherige System des Kündigungsschutzrechts nach der Vorstellung des Gesetzgebers einzupassen (...)“ seien.⁷⁵⁸

bb. Stellungnahme

Zuzustimmen ist dem BAG darin, dass sich tatsächlich ein (Teil-)Widerspruch feststellen lässt zwischen der Regelung des § 2 Abs. Nr. 2 AGG einerseits und § 2 Abs. 4 AGG andererseits. Während die eine Norm die Anwendbarkeit des AGG im Sinne der Rahmenrichtlinie ausdrücklich auch auf die Entlassungsbedingungen bezieht – wozu eben auch Kündigungen gehören⁷⁵⁹ –, schließt die andere Regelung diese Anwendbarkeit nach ihrem Wortlaut ausdrücklich aus.

Dieser (Teil-)Widerspruch des Gesetzes lässt sich aber – entgegen der Ansicht des BAG – nicht im Wege der Auslegung überwinden. Dagegen spricht nicht nur der klare Wortlaut des § 2 Abs. 4 AGG, sondern auch der in § 2 Abs. 4 AGG zum Ausdruck kommende, gesetzgeberische Wille.⁷⁶⁰ Dass dem Gesetzgeber generell nicht daran gelegen sein mag, sinnlose bzw. unanwendbare Gesetzesnormen aufzustellen, ist nicht zu bestreiten, hilft aber im konkreten Fall nicht über eine verunglückte, aber vom Gesetzgeber ausdrücklich gewollte, gesetzliche Regelung hinweg.⁷⁶¹

Auch das Gebot richtlinienkonformer Auslegung darf insoweit nicht zu einer Auslegung *contra legem* führen. So sind die Gerichte im Rahmen der richtlinienkonformen Auslegung nationaler Rechtsvorschriften zwar gehalten, das nationale Recht so weit wie möglich am Wortlaut und Zweck der umzusetzenden Richtlinien auszulegen, um den Vorgaben des europäischen Rechts zu einer möglichst effektiven Geltung zu verhelfen.⁷⁶² Ferner sind

⁷⁵⁸ BAG, Urteil vom 6. 11. 2008, ArbuR 2009, S. 358, (358 ff.).

⁷⁵⁹ Sagan, NZA 2006, S. 1257, (1257).

⁷⁶⁰ Im Ergebnis so auch Schiefer, DB 2009, S. 733, (734).

⁷⁶¹ So im Ergebnis an sich auch das BAG, nach dem zur Vermeidung von Antinomien (Normwidersprüchen) *wenn möglich* eine Auslegung zu wählen ist, bei der die Norm Bestand haben kann und bei der Widersprüche vermieden werden, vgl. BAG, Urteil vom 6. 11. 2008, ArbuR 2009, S. 358, (358 ff.); eine solche Auslegung scheidet hier aber an dem gesetzesimmanenten Regelungsplan des § 2 Abs. 4 AGG, was noch näher dargelegt wird.

⁷⁶² So die ständige Rechtsprechung des EuGH, vgl. EuGH, Urteil vom 31. 1. 1984, Rs. 14/83, von Colson und Kamann, NJW 1984, S. 2021, (2022); EuGH, Urteil vom 15. 5. 1986, Rs. 222/84, Johnston, Slg. 1986, S. 01651, (01651 ff.); EuGH, Urteil vom 13. 11. 1990, Rs. 106/89, Marleasing, Slg. 1990, S. I-04135, (I-04135 ff.); EuGH, Urteil vom 5. 5. 1994, Rs. 421/92, Habermann-Beltermann, Slg. 1994, S. I-01657, (I-

durch den EuGH vorgenommene Konkretisierungen in Bezug auf die Auslegung bestimmter Richtlinienvorgaben von den nationalen Gerichten im Rahmen der Auslegung des nationalen Rechts soweit wie möglich nachzuvollziehen.⁷⁶³ Die richtlinienkonforme Auslegung nationalen Rechts ist jedoch nicht unbegrenzt möglich. Wie die verfassungskonforme Auslegung, die häufig als Vergleich bedient wird,⁷⁶⁴ ist auch die richtlinienkonforme Auslegung vielmehr nur soweit zulässig, wie der methodische Rahmen des nationalen Rechts es erlaubt. Denn nach dem verfassungsrechtlich verankerten Prinzip der Gewaltenteilung muss auch bei der richtlinienkonformen Auslegung der Kompetenzbereich der Legislative gewahrt bleiben. Die richtlinienkonforme Auslegung darf nicht zur Behebung rechtspolitischer Fehler durch die Judikative führen, deren Beseitigung an sich dem Gesetzgeber vorbehalten wäre.⁷⁶⁵ Nach herrschender Meinung in Rechtsprechung und Literatur⁷⁶⁶ ist daher unter Berücksichtigung der nationalen Methodenlehre eine richtlinienkonforme Auslegung nur soweit zulässig, wie Wortlaut und Zweck des nationalen Gesetzes bzw. der dem Gesetz zugrunde liegende Wille des Gesetzgebers es zulassen und der Zweck der Norm durch die richtlinienkonforme Auslegung nicht in sein Gegenteil verkehrt wird sowie der Norm nicht jeder sinnvolle Anwendungsbereich entzogen wird.⁷⁶⁷

01657 ff.); EuGH, Urteil vom 4. 7. 2006, Rs. 212/04, Adeneler, NJW 2006, S. 2465, (2465, 2467 ff.); vgl. auch BGH, Urteil vom 9. 4. 2002, VersR 2002, S. 1035, (1036); *Gebauer/Wiedemann*, Zivilrecht unter europäischem Einfluss, S. 103, 104; *Junker/Aldea*, EuZW 2007, S. 13, (14 ff.); *Lutter*, JZ 1992, S. 593, (605); *Schiek/Schiek*, AGG, Einl., Rn. 63; *Thüsing*, NJW 2003, S. 3441, (3441).

⁷⁶³ Vgl. Riesenhuber/*Roth*, Europäische Methodenlehre, § 11, S. 252.

⁷⁶⁴ Vgl. *Canaris*, FS Schmidt, S. 41, (41 ff.); *Schnorbus*, AcP 201, S. 860, (885 ff.); *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, S. 21.

⁷⁶⁵ *Ehricke* formuliert dies als die Gefahr, dass der nationale Richter nicht mehr Recht spreche, sondern Recht setze, vgl. *Ehricke*, RabelsZ 59, S. 558, (638).

⁷⁶⁶ Eine Darstellung der von der h. M. abweichenden Stimmen in der Literatur sowie eine Auseinandersetzung mit den jeweils vertretenen Standpunkten würde den Rahmen der vorliegenden Arbeit überschreiten; für eine detaillierte Auseinandersetzung mit den Problemen einer richtlinienkonformen Rechtsfortbildung muss daher auf weiterführende, vertiefende Literatur verwiesen werden, vgl. etwa *Brechmann*, Die richtlinienkonforme Auslegung, S. 127 ff.; *Herrmann*, Richtlinienumsetzung durch die Rechtsprechung, S. 134 ff.

⁷⁶⁷ Vgl. BAG, Urteil vom 5. 3. 1996, NZA 1996, S. 751, (755), mit Bezug auf die gemeinschaftskonforme Auslegung; BAG, Beschluss vom 18. 2. 2003, NZA 2003, S. 742, (742, 747 ff.); BGH, Urteil vom 9. 4. 2002, VersR 2002, S. 1035, (1037 ff.); dem folgend: *Brechmann*, Die richtlinienkonforme Auslegung, S. 226 ff.; *Canaris*, FS Schmidt, S. 41, (56 ff.); *derselbe*, FS Bydlinski, S. 47, (92); *Franzen*, JZ 2003,

Wegen dieser Grenzen richtlinienkonformer Auslegung nationalen Rechts ist im vorliegenden Fall eine Auslegung des § 2 Abs. 4 AGG, wie sie das BAG angenommen hat, im Sinne einer Anwendbarkeit der Benachteiligungsverbote des AGG auf Kündigungen ausgeschlossen.⁷⁶⁸

Neben dem ausdrücklichen und eindeutigen Wortlaut des § 2 Abs. 4 AGG widerspricht der der Norm zugrunde liegende gesetzgeberische Wille einem solchen Verständnis. Dieser gesetzgeberische Wille lässt sich der Entstehungsgeschichte der Norm entnehmen. Wie das BAG zutreffend feststellt, dient das AGG der Umsetzung der Richtlinien 2000/43/EG, 2000/78/EG, 2002/73/EG und 2004/113/EG.⁷⁶⁹ Hieraus lässt sich aber nicht ableiten, dass das AGG auch eingeführt wurde, um nach der Vorgabe der Richtlinien auch diskriminierende Kündigungen zu bekämpfen.⁷⁷⁰ Für Kündigungen sollte vielmehr nach dem Willen des Gesetzgebers *alles beim Alten* bleiben. Diskriminierende Kündigungen sollten also weiterhin nach den Wertungen des Kündigungsschutzrechts zu beurteilen sein, nicht aber zusätzlich nach den Benachteiligungsverböten des AGG.⁷⁷¹ Dies kommt in der Begründung des Gesetzesentwurfes klar zum Ausdruck, in der es mit Bezug auf die Vorgängerfassung des § 2 Abs. 4 AGG wörtlich heißt: „*Das Verhältnis beider Gesetze zueinander soll dahin präzisiert werden, dass für Kündigungen ausschließlich die Bestimmungen zum allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz Anwendung finden. Dies erscheint sachgerecht*“

S. 321, (324 ff.); in diesem Sinne auch *Gebauer/Wiedemann*, Zivilrecht unter europäischem Einfluss, S. 115; wohl auch *Hochleitner/Wolf/Großrichter*, WM 2002, S. 529, (533 ff.); *Sagan*, NZA 2006, S. 1257, (1258); *Thüsing*, NJW 2003, S. 3441, (3441); *derselbe*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, S. 21.

⁷⁶⁸ Eine entsprechende richtlinienkonforme Auslegung des § 2 Abs. 4 AGG ebenfalls ablehnend *Bauer/Krieger*, NZA 2007, S. 674, (675), Beck OK/Roloff, § 2 AGG, Rn. 25; *Horn*, Arbeitsrechtlicher Kündigungsschutz und Europarecht, S. 170; wohl ablehnend auch *Nollert-Borasio/Perreng*, AGG, § 2, Rn. 36 ff., *Schiefer*, DB 2009, S. 733, (734); *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, S. 44; *derselbe*, BB 2007, S. 1506, (1507).

⁷⁶⁹ Vgl. das Gesetz zur Umsetzung europäischer Antidiskriminierungsrichtlinien vom 14. 8. 2006, BGBl. I, S. 1897, sowie die Darstellung bei *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, S. 9 ff.

⁷⁷⁰ So aber ausdrücklich das BAG, Urteil vom 6. 11. 2008, ArbuR 2009, S. 358, (358 ff.).

⁷⁷¹ Diese Einschätzung teilen: *Horn*, Arbeitsrechtlicher Kündigungsschutz und Europarecht, S. 160; *Schick/Schick*, AGG, § 2, Rn. 11, 12.

ter, weil diese Regelungen speziell auf Kündigungen zugeschnitten sind(...).⁷⁷²

Wenn der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung die Anwendung des Kündigungsschutzrechtes aber als sachgerechter bezeichnet, bringt dies zum Ausdruck, dass der Gesetzgeber von einem Eventualverhältnis zwischen Kündigungsschutzrecht und Antidiskriminierungsrecht ausgegangen ist, nicht aber das Kündigungsschutzrecht als *lex specialis* und daneben ergänzend die Benachteiligungsverbote des AGG zur Anwendung bringen wollte. Nichts anderes ergibt sich aus der Wortwahl in § 2 Abs. 4 AGG, die das Kündigungsschutzrecht für ausschließlich anwendbar erklärt anstelle, wie die Vorgängerfassung der Norm, von einer vorrangigen Anwendbarkeit zu sprechen.⁷⁷³

Nicht zuletzt die Streichung der ebenfalls im Widerspruch zu § 2 Abs. 4 AGG stehenden Regelungen des § 10 Satz 3 Nr. 6 AGG beweist, dass dem Gesetzgeber daran gelegen war, Kündigungen nicht dem Anwendungsbereich des AGG zu unterstellen. Warum sonst hätte der Gesetzgeber die in § 10 Satz 3 Nr. 6 AGG enthaltenen Hinweise für die Rechtfertigung einer Benachteiligung durch Kündigungen ersatzlos streichen sollen. Dieses Verständnis bestätigt die Gesetzesbegründung, in der es wörtlich heißt: *„Bei der Änderung des § 10 handelt es sich um eine redaktionelle Anpassung an § 2 Abs. 4. Nach dieser Norm gelten für Kündigungen ausschließlich die Bestimmungen zum allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz. Die Nummern 6 und 7 laufen leer und sind daher zu streichen (...)“*⁷⁷⁴

Dass der Gesetzgeber nicht zugleich auch § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG gestrichen hat, lässt sich damit begründen, dass zu den von der Norm in Bezug genommenen Entlassungsbedingungen nicht nur Kündigungen, sondern auch die sonstigen Beendigungstatbestände von Arbeitsverhältnissen wie Aufhebungsverträge oder Befristungen fallen.⁷⁷⁵ Diese sollen, anders als Kün-

⁷⁷² Begründung zur Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuss) vom 28. 6. 2006 u. a. zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung BT-DS 16/1780, BT-DS 16/2022, S. 12.

⁷⁷³ Zur Vorgängerfassung des § 2 Abs. 4 AGG vgl. den Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung vom 8. 6. 2006, BT-DS 16/1780, S. 7, 32.

⁷⁷⁴ Begründung zur Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Arbeit und Soziales (11. Ausschuss) vom 18. 10. 2006, BT-DS16/3007, S. 22.

⁷⁷⁵ Erfurter Kommentar/*Schlachter*, § 2 AGG, Rn. 8.

digungen, ausnahmslos am Maßstab der Benachteiligungsverbote zu messen sein. § 2 Abs. 4 AGG kann somit als einschränkende Konkretisierung des § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG angesehen werden, so dass ein Widerspruch der beiden Vorschriften bei diesem Verständnis aufgelöst werden kann.⁷⁷⁶

cc. Zwischenergebnis

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass der Gesetzgeber getragen von den Befürchtungen, mit dem AGG ein *zweites Kündigungsrecht* zu schaffen, die Bereichsausnahme des § 2 Abs. 4 AGG eingeführt hat, um damit die Anwendung der Benachteiligungsverbote bei Kündigungen auszuschließen. Der Gesetzgeber mag dabei – wie noch aufzuzeigen sein wird, fälschlicherweise – davon ausgegangen sein, dass das bisherige Kündigungsrecht ausreichend Schutz vor sämtlichen Fallgestaltungen diskriminierender Kündigungen gewähren könne. Diese Vorstellung berechtigt jedoch nicht, im Wege der Auslegung entgegen dem ausdrücklichen gesetzgeberischen Willen und dem Wortlaut des § 2 Abs. 4 AGG von einer Anwendbarkeit des AGG bei Kündigungen auszugehen.

b. Europarechtswidrigkeit der Bereichsausnahme nach § 2 Abs. 4 AGG

Fraglich ist, ob das festgestellte Ergebnis dazu führt, dass § 2 Abs. 4 AGG als richtlinienwidrig und damit europarechtswidrig anzusehen ist und ob diese Europarechtswidrigkeit letztlich doch unter Anwendung des § 7 Abs. 1 AGG zur Unwirksamkeit einer diskriminierenden Kündigung führen kann.

Von einer Europarechtswidrigkeit des § 2 Abs. 4 AGG wäre nur dann auszugehen, wenn infolge der Unanwendbarkeit der Benachteiligungsverbote des AGG für Kündigungen nach Maßgabe des § 2 Abs. 4 AGG eine Schutzlücke im Hinblick auf diskriminierende Kündigungen entstehen würde, die im Widerspruch zur Rahmenrichtlinie stünde. Dies soll nachfolgend in einem ersten Schritt untersucht werden, bevor weitergehend auf die Folgen einer etwaigen Europarechtswidrigkeit der Norm eingegangen wird.

⁷⁷⁶ Horn, Arbeitsrechtlicher Kündigungsschutz und Europarecht, S. 168, 172.

aa. **Hinreichender Schutz vor offensichtlich diskriminierenden Kündigungen durch das allgemeine Kündigungsschutzrecht**

Nimmt man den Gesetzgeber des § 2 Abs. 4 AGG beim Wort, hat dies – wie bereits festgestellt – zur Folge, dass die Benachteiligungsverbote des AGG nicht vor dem Ausspruch arbeitgeberseitiger, diskriminierender Kündigungen schützen können und insoweit keinen Einfluss auf die Wirksamkeit derartiger Kündigungen haben können. Dies selbst dann nicht, wenn es sich um eine *offensichtlich diskriminierende* Kündigung handelt, also eine Kündigung in Rede steht, die sich ausschließlich darauf stützt, dass der zu kündigende Arbeitnehmer schwerbehindert ist, etwa weil der Arbeitgeber vorurteilsbedingt keine schwerbehinderten Arbeitnehmer beschäftigen möchte, ohne dass die Schwerbehinderung im Übrigen Auswirkungen auf die Leistungsfähigkeit des kündigungsbetroffenen Arbeitnehmers hatte.

Allerdings wollte der Gesetzgeber durch die Bestimmung des § 2 Abs. 4 AGG keinen *Freifahrtsschein* für diskriminierende Arbeitgeberkündigungen liefern, sondern den Schutz vor solchen Kündigungen allein dem bestehenden Kündigungsschutzrecht überantworten.⁷⁷⁷

Für die Fälle einer hier als *offensichtlich diskriminierend* bezeichneten Kündigung, in denen der Arbeitgeber außer diskriminierenden Motiven keine objektiv gerechtfertigten Kündigungsgründe darlegen kann, werden durch den Verweis in § 2 Abs. 4 AGG auch keine Schutzlücken begründet. Über die Regelungen des Kündigungsschutzgesetzes und der §§ 138, 242 BGB werden dem Arbeitgeber derartige Kündigungen untersagt. So ist im Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes eine *offensichtlich diskriminierende* Kündigung schon deshalb unzulässig, weil in einem derartigen Fall der nach § 1 Abs. 2 KSchG für eine soziale Rechtfertigung notwendige personen-, verhaltens- oder betriebsbedingte Kündigungsgrund nicht vorliegt. Denn dem Arbeitnehmer wird in diesen Fällen ja gerade nicht wegen behinderungsbedingter Fehlzeiten oder Minderleistungen gekündigt, sondern nur weil der Arbeitgeber es ablehnt, schwerbehinderte

⁷⁷⁷ Vgl. die Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung vom 8. 6. 2006, BT-DS 16/1780, S. 32, sowie die Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses vom 28. 6. 2006, BT-DS 16/2022, S. 12; diese Einschätzung teilt mit überzeugender Begründung auch *Bayreuther*, DB 2006, S. 1842, (1842); ferner *Hanau*, ZIP 2006, S. 2189, (2189).

Arbeitnehmer zu beschäftigen. Dies ist nach dem Maßstab des § 1 Abs. 2 KSchG aber kein hinreichender Kündigungsgrund.⁷⁷⁸

Gleiches gilt im Kleinbetrieb oder vor Ablauf der nach § 1 Abs. 1 KSchG normierten Wartezeit, wo sich die Zulässigkeit der Kündigung nach den §§ 138, 242 BGB richtet. Auch hier setzt das vom Grundgesetz geforderte Mindestmaß an Kündigungsschutz voraus, dass ein irgendwie einleuchtender, sachlicher Grund die Kündigung bedingt. Willkürliche Kündigungen sind auch außerhalb des Anwendungsbereiches des Kündigungsschutzgesetzes ausgeschlossen.⁷⁷⁹ Um eine willkürliche Kündigung handelt es sich aber dann, wenn diese ausschließlich deshalb erfolgt, weil der Arbeitgeber die Beschäftigung schwerbehinderter Menschen vorurteilsbedingt ablehnt.⁷⁸⁰

bb. Hinreichender Schutz vor versteckt diskriminierenden Kündigungen durch das allgemeine Kündigungsschutzrecht

Problematisch erweist sich die Bereichsausnahme des § 2 Abs. 4 AGG jedoch bei Fallgestaltungen, in denen die Kündigung nicht offensichtlich, wohl aber *versteckt diskriminierend* ist. In Bezug auf schwerbehinderte Arbeitnehmer ist dies der Fall, wenn der Arbeitgeber die Kündigung zwar mit tragfähigen Sachgründen zu begründen vermag, etwa mit behinderungsbedingten Fehlzeiten oder Leistungsminderungen, hierbei aber auch oder maßgeblich von diskriminierenden Motiven geleitet wird und die Kündigung nutzt, um das Arbeitsverhältnis mit dem schwerbehinderten Arbeitnehmer zu beenden.⁷⁸¹ Eine derartige diskriminierende Motivlage bei

⁷⁷⁸ So auch *Horn*, Arbeitsrechtlicher Kündigungsschutz und Europarecht, S. 82.

⁷⁷⁹ Ascheid/Preis/Schmidt/Preis, KSchR, Grundlagen G, Rn. 6 ff., Grundlagen J, Rn. 51 ff.; MüArbR/Wank, Band 1, § 100, Rn. 28 ff.

⁷⁸⁰ Vgl. die ständige Rechtsprechung, die über § 242 BGB diskriminierende Kündigungen als treuwidrig und damit unzulässig erachtet, vgl. BVerfG, Beschluss vom 27. 1. 1998, BVerfGE 97, S. 169, (179); BAG, Urteil vom 21. 2. 2001, BAGE 97, S. 92, (99 ff.); BAG, Urteil vom 25. 4. 2001, DB 2001, S. 2504, (2505); BAG, Urteil vom 22. 5. 2003, AP Nr. 18 zu § 1 KSchG 1969 Wartezeit, Bl. 26, (26, 28); in diesem Sinne auch *Bayreuther*, DB 2006, S. 1842, (1846); *Freckmann*, BB 2007, S. 1049, (1050); *v. Hoyningen-Huene/Linck*, KSchG, § 1, Rn. 226 b.

⁷⁸¹ Nach Ansicht *Horns* fordert die Rahmenrichtlinie nur einen Schutz vor Kündigungen, die auf sachliche Gründe gestützt werden, *tragendes* Motiv aber gleichzeitig ein verpöntes Merkmal ist, nur dann läge eine ungünstigere Behandlung *wegen* eines Diskriminierungsmerkmals vor, vgl. *Horn*, Arbeitsrechtlicher Kündigungsschutz und Europarecht, S. 83; dieser Ansatz vermag nicht zu überzeugen, da der von der Rahmenrichtlinie angestrebte umfassende Schutz vor Diskriminierungen im Arbeitsleben gebietet, dass Entscheidungen des Arbeitgebers gänzlich ohne

der Kündigung ist – wie bereits dargestellt – zu vermuten, wenn es der Arbeitgeber vor der Kündigung unterlassen hat, nach § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX erforderliche Maßnahmen zu ergreifen und/oder auch keines der in § 84 SGB IX normierten Verfahren durchgeführt hat, obwohl dies erforderlich war.

In diesen Fällen der versteckten Diskriminierung schwerbehinderter Arbeitnehmer ist fraglich, ob die bestehenden kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften einen hinreichenden Schutz vor diskriminierenden Kündigungen zu begründen vermögen.

Ein hinreichender Schutz durch die allgemeinen Kündigungsschutzvorschriften ließe sich feststellen, wenn versteckt diskriminierende Kündigungen auch nach Maßgabe der §§ 138, 242 und 626 BGB bzw. des § 1 Abs. 2 KSchG als unwirksam anzusehen wären bzw. zumindest eine richtlinienkonforme Auslegung der genannten Vorschriften zur Annahme der Unwirksamkeit derartiger Kündigungen führen würde.

In der Literatur finden sich allgemein in Bezug auf die versteckt diskriminierende Kündigung, die sich vordergründig auf objektiv gerechtfertigte Sachgründe stützt, aber auch aus einer diskriminierenden Motivlage des Arbeitgebers heraus erfolgt, verschiedene Lösungsvorschläge, wie das bestehende Kündigungsschutzrecht dieser Fallgestaltung sachgerecht habhaft werden kann. Dabei wird über eine richtlinienkonforme Auslegung des bestehenden Kündigungsschutzrechts im Ergebnis vertreten, dass die Bereichsausnahme des § 2 Abs. 4 AGG nicht zu einer richtlinienwidrigen Schutzlücke vor diskriminierenden Kündigungen führt.

(1) Richtlinienkonforme Auslegung der §§ 138, 242 BGB

Ein Großteil der Literatur vertritt die Auffassung, dass eine durch Diskriminierung motivierte Kündigung im Lichte der Rahmenrichtlinie als treuwidrig und damit nach § 242 BGB als unwirksam angesehen werden

Berücksichtigung der verpönten Merkmale getroffen werden. Daher reicht es für die Annahme einer diskriminierenden Kündigung im Sinne der Rahmenrichtlinie aus, wenn das verpönte Merkmal innerhalb eines Motivbündels ein Gesichtspunkt für die Kündigungsentscheidung war; in dem Sinne auch die Rechtsprechung des BVerfG und BAG zur Geschlechterdiskriminierung, vgl. BVerfG, Urteil vom 16. 11. 1993, DB 1994, S. 1292, (1292 ff.); BAG, Urteil vom 27. 4. 2000, 8 AZR 295/99, veröffentlicht bei Juris; BAG, Urteil vom 5. 2. 2004, BAGE 109, S. 265, (273 ff.); zustimmend Däubler/Bertzbach/Däubler, AGG, § 1, Rn. 18 ff.

müsse, selbst wenn daneben objektiv sachliche Gründe die Kündigung rechtfertigen würden.⁷⁸² Bedient wird in diesem Zusammenhang häufig ein Vergleich mit der Rechtsprechung des BAG. Das BAG, so die Vertreter dieses Meinungsansatzes, habe schon vor Jahren diskriminierende Kündigungen als treuwidrig eingestuft.⁷⁸³ Zum Teil wird die Kündigung im Rahmen dieser Meinungsgruppe nur als treuwidrig angesehen, wenn das tragende Motiv der Kündigung diskriminierend sei und die nachvollziehbaren, sachlich gerechtfertigten Kündigungsgründe nicht das Hauptmotiv für die Kündigung bildeten.⁷⁸⁴

Eine derartige Auslegung des § 242 BGB im Lichte der Rahmenrichtlinie scheidet jedoch an den Grenzen zulässiger richtlinienkonformer Rechtsfindung.

Die Grenzen richtlinienkonformer Rechtsfindung orientieren sich, wie bereits dargelegt, nach Ansicht der Rechtsprechung und der wohl herrschenden Meinung in der Literatur im Sinne der tradierten nationalen Methodenlehre an den weitestgehend anerkannten Grenzen der gesetzesimmanenten Rechtsfortbildung. Eine richtlinienkonforme Rechtsfindung wird danach nur soweit für zulässig erachtet, wie Wortlaut und Zweck des nationalen Gesetzes bzw. der dem Gesetz zugrunde liegende Wille des Gesetzgebers es zulassen und der Zweck der Norm durch die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung nicht in sein Gegenteil verkehrt wird sowie der Norm nicht jeder sinnvolle Anwendungsbereich entzogen wird.⁷⁸⁵ Eine zulässig richtlinienkonforme Rechtsfindung wird also durch

⁷⁸² *Hamacher/Ulrich*, NZA 2007, S. 657, (658) jedenfalls für den Fall, dass es sich bei der Diskriminierung um das tragende Motiv handelt; uneingeschränkt *Hanau*, ZIP 2006, S. 2189, (2192); *Horn*, Arbeitsrechtlicher Kündigungsschutz und Europarecht, S. 118 ff.; *Kamanabrou*, RdA 2007, S. 199, (201); KR/*Griebeling*, § 1 KSchG, Rn. 26a; ähnlich wohl auch *Löwisch*, der den an sich gerechtfertigten Kündigungsgründen in diesen Fällen die Wirksamkeit versagen will, vgl. *Löwisch*, BB 2006, S. 2189, (2190); ähnlich wohl auch *Richardi*, der es allgemein für ausreichend hält, den Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot im Rahmen der §§ 1 Abs. 2 KSchG, 138, 242 BGB zu berücksichtigen; eine Begründung hierfür liefert *Richardi* indes nicht, vgl. *Richardi*, NZA 2006, 881, (886); eine richtlinienkonforme Auslegung des § 242 BGB befürwortet auch *Schlachter*, ZESAR 2006, S. 391, (392 ff.).

⁷⁸³ So etwa *Kamanabrou*, RdA 2007, S. 199, (201).

⁷⁸⁴ *Hamacher/Ulrich*, NZA 2007, S. 657, (658); *Horn*, Arbeitsrechtlicher Kündigungsschutz und Europarecht, S. 122 ff.

⁷⁸⁵ Vgl. BAG, Urteil vom 5. 3. 1996, NZA 1996, S. 751, (755), mit Bezug auf die gemeinschaftskonforme Auslegung; BGH, Urteil vom 9. 4. 2002, VersR 2002, S. 1035, (1037 ff.); BAG, Beschluss vom 18. 2. 2003, NZA 2003, S. 742, (742, 747 ff.); dem folgend: *Brechmann*, Die richtlinienkonforme Auslegung,

den an Wortlaut, Teleologie, Systematik sowie gesetzgeberischen Willen orientierten Gesetzesimmanenten Regelungsplan einer Norm begrenzt.

Der Gesetzesimmanente Regelungsplan der einzelnen Kündigungsschutzrechtlichen Bestimmungen, u. a. auch der der §§ 242, 138 BGB, verbietet es jedoch, objektiv nach sachlichen Gründen gerechtfertigte Kündigungen als treuwidrig einzustufen, weil der Entschluss des Arbeitgebers zur Kündigung (u. a. oder maßgeblich) von einem diskriminierenden Motiv getragen war. Dies gilt unabhängig davon, ob man im Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes eine Kündigung nach Maßgabe der §§ 242, 138 BGB für unwirksam hält oder außerhalb des Anwendungsbereiches im Kleinbetrieb bzw. innerhalb der ersten sechs Monate der Beschäftigung. Das ergibt sich daraus, dass nach der Systematik des deutschen Kündigungsschutzrechts für die Wirksamkeit von Kündigungen grundsätzlich das Vorhandensein objektiver Kündigungsgründe maßgeblich ist, also ein rein objektiver Wertmaßstab zugrunde zu legen ist. Auf die daneben existierende, subjektive Kündigungsmotivation des Arbeitgebers kommt es regelmäßig nicht an.⁷⁸⁶

Von der objektiven Ausrichtung des Kündigungsschutzrechts werden nicht nur die Bestimmungen des Kündigungsschutzgesetzes bzw. § 626 BGB erfasst, die für die Rechtfertigung einer Kündigung ausdrücklich an das Vorliegen eines sachlichen Grundes anknüpfen. Vielmehr ist diese objektive Ausrichtung auch im Anwendungsbereich der auch an subjektive Maßstäbe anknüpfenden §§ 138, 242 BGB zu beachten.⁷⁸⁷ So wird eine von

S. 226 ff.; *Canaris*, FS Schmidt, S. 41, (56 ff.); *derselbe*, FS Bydlinki, S. 47, (92); *Franzen*, JZ 2003, S. 321, (324 ff.); in diesem Sinne auch *Gebauer/Wiedmann*, Zivilrecht unter europäischem Einfluss, S. 115; wohl auch *Hochleitner/Wolf/Großrichter*, WM 2002, S. 529, (533 ff.); *Sagan*, NZA 2006, S. 1257, (1258); *Thüsing*, NJW 2003, S. 3441, (3441); *derselbe*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, S. 21.

⁷⁸⁶ Vgl. BAG, Urteil vom 20. 4. 1989, RzK I 81 Nr. 15; BAG, Urteil vom 22. 5. 2003, SAE 2004, S. 46, (51); *Diller/Krieger/Arnold*, NZA 2006, S. 887, (889); *Hamann*, JURA 2007, S. 641, (645); *Horn*, Arbeitsrechtlicher Kündigungsschutz und Europarecht, S. 55 ff.; *KR/Griebeling*, § 1 KSchG, Rn. 243; erkennbar wird dies etwa daran, dass der Arbeitgeber nach allgemeiner Ansicht, sowohl innerhalb als auch außerhalb des Anwendungsbereiches des Kündigungsschutzgesetzes, Kündigungsgründe, die er zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung gar nicht gekannt hat, auch nachträglich noch zur Rechtfertigung der Kündigung vorbringen kann, solange diese Kündigungsgründe im Kündigungszeitpunkt objektiv vorgelegen haben, vgl. BAG, Urteil vom 18. 1. 1980, DB 1980, S. 1350, (1350 ff.).

⁷⁸⁷ a.A. *Horn*, der meint, über die Anwendung der am subjektiven Prinzip ausgerichteten Generalklauseln der §§ 138, 242 BGB neben dem Kündigungsschutzgesetz könne man

diskriminierenden Motiven getragene Kündigung regelmäßig nicht als treu- oder sittenwidrig anzusehen sein, wenn sie gleichzeitig auf Tatsachen gestützt wird, die geeignet sind, eine Kündigung nach § 1 Abs. 2 KSchG bzw. § 626 BGB zu rechtfertigen.⁷⁸⁸ Die objektiv gegebenen, sachlichen Kündigungsgründe verdrängen hier eine gleichzeitig vorliegende, als verwerflich anzusehende Motivlage des Arbeitgebers bzw. lassen diese als unerheblich in den Hintergrund treten, wenn nicht auszuschließen ist, dass der Arbeitgeber seinen Kündigungsentschluss auch auf die objektiv vorliegenden Kündigungsgründe gestützt hat.⁷⁸⁹

Hintergrund ist, dass für die Feststellung einer treu- oder sittenwidrigen Kündigung nicht allein auf das Motiv des kündigenden Arbeitgebers abgestellt werden darf, sondern vielmehr eine Gesamtwürdigung aller Umstände vorzunehmen ist, bei der auch das Vorliegen objektiv gerechtfertigter Kündigungsgründe im Sinne der §§ 1 Abs. 2 KSchG,

die hier als versteckt diskriminierende Kündigungen bezeichneten Fälle trotz Vorliegens objektiv gerechtfertigter Kündigungsgründe für unzulässig erachten, vgl. *Horn*, Arbeitsrechtlicher Kündigungsschutz und Europarecht, S. 85, 86; *Horn* verkennt, dass eine Anwendung der §§ 242, 138 BGB neben dem Kündigungsschutzgesetz nur für Fallgestaltungen in Betracht kommt, die vom KSchG nicht erfasst werden; ist eine Kündigung nach Maßgabe des § 1 Abs. 2 KSchG aber gerechtfertigt, kann sie nicht über die Anwendung der Generalklauseln für unwirksam erklärt werden; nichts anderes gilt außerhalb des Anwendungsbereiches des Kündigungsschutzgesetzes; andernfalls würde die Kontrolldichte für Kündigungen z. B. im Kleinbetrieb höher sein als innerhalb des Anwendungsbereiches des Kündigungsschutzgesetzes und ein Kündigungsschutz konstruiert werden, den der Gesetzgeber ausweislich des Kündigungsschutzgesetzes in den ersten sechs Monaten der Beschäftigung und im Kleinbetrieb nicht wollte.

⁷⁸⁸ Vgl. BAG, Urteil vom 28. 4. 1994, RzK I 8k Nr 6; BAG, Urteil vom 24. 4. 1997, NZA 1998, S. 145, (146 ff.); BAG, Urteil vom 22. 5. 2003, SAE 2004, S. 46, (48 ff.); Kittner/Däubler/Zwanziger/Trittin, KSchR, § 612a BGB, Rn. 12; KR/*Friedrich*, § 13 KSchG, Rn. 125; *Lettl*, NZA-RR 2004, S. 57, (62); Palandt/*Weidenkaff* Vorb § 620 BGB, Rn. 48; *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts, S. 397; a.A. *Horn*, der eine Kündigung ungeachtet objektiv sachlicher Kündigungsgründe für treuwidrig und nach § 242 BGB für unwirksam erachtet, wenn die diskriminierende Motivlage das tragende Motiv der Kündigung war, vgl. *Horn*, Arbeitsrechtlicher Kündigungsschutz, S. 124; in dem Sinne auch: *Ascheid/Preis/Schmidt/Preis*, KSchR, Grundlagen J, Rn. 71g; *Hamacher/Ulrich*, NZA 2007, S. 657, (658).

⁷⁸⁹ Vgl. hierzu etwa BAG, Urteil vom 26. 2. 1989, BAGE 61, S. 151, (151 ff.) zu einer Kündigung wegen HIV-Infektion; das Gericht sah es in dem zu entscheidenden Fall nicht als erwiesen an, dass der Arbeitgeber seine Kündigung ausschließlich auf seine Vorurteile gegenüber einem HIV-Infizierten gestützt hat, sondern ging davon aus, dass die objektiv gegebenen Kündigungsgründe (Arbeitsunfähigkeit) zumindest mitentscheidend für die Kündigung waren; ähnlich auch BAG, Urteil vom 24. 4. 1997, NZA 1998, S. 145, (146)

626 BGB zu berücksichtigen ist.⁷⁹⁰ Daher ist auch in den Fällen, in denen eine Kündigung auf einem unsittlichen Motiv beruht, für die Feststellung der Sittenwidrigkeit der Kündigung nicht immer das Motiv als solches entscheidend. Vielmehr kommt es darauf an, daß durch das unsittliche Motiv die gesamte Kündigung zu einer Sittenwidrigen wird.⁷⁹¹

In der Regel ist somit eine von einem *auch* diskriminierenden Motiv getragene Kündigung nach der gegenwärtigen Rechtslage nicht als sitten- oder treuwidrig einzustufen, wenn nicht auszuschließen ist, dass die Kündigungsentscheidung des Arbeitgebers zumindest auch auf den objektiv vorliegenden Kündigungsgründen beruht. In diesen Fällen kann sich der Arbeitgeber aufgrund der objektiv vorliegenden Kündigungsgründe trotz der diskriminierenden Motivation auch auf ein *legitimes Beendigungsinteresse* stützen, so dass das Bestandschutzinteresse des Arbeitnehmers am Erhalt seines Arbeitsplatzes nicht als höher einzustufen ist.⁷⁹²

Entsprechend betrifft auch die von der Literatur häufig als Vergleich herangezogene Rechtsprechung des BAG zu diskriminierenden Kündigungen und § 242 BGB lediglich Fälle offensichtlich diskriminierender Kündigungen. In diesen Fällen hatte der Arbeitgeber die Kündigung beispielsweise allein auf die Tatsache gestützt, dass der Arbeitnehmer homosexuell oder einer bestimmten Religionsgemeinschaft angehörig war, konnte aber sonst keine sachlich gerechtfertigten Kündigungsgründe vorbringen.⁷⁹³

Würde man im Rahmen der hier als versteckt diskriminierende Kündigung bezeichneten Fallgruppe abweichend von den vorstehenden Grundsätzen im Wege einer richtlinienkonformen Auslegung der §§ 138, 242 BGB die diskriminierende Motivation des Arbeitgebers als maßgeblich für die Beurteilung der Wirksamkeit der Kündigung ansehen, hieße dies, sich in Widerspruch zu setzen mit der an objektiven Gesichtspunkten

⁷⁹⁰ BAG, Urteil vom 24. 4. 1997, a.a.O. (Fn. 789).

⁷⁹¹ BAG, Urteil vom 24. 4. 1997, a.a.O. (Fn. 789), allgemein für das sittenwidrige Rechtsgeschäft.

⁷⁹² a.A. *Horn*, der zwar auch auf das legitime Lossagungsinteresse des Arbeitgebers abstellt, abweichend aber zu dem Ergebnis gelangt, dass der Arbeitgeber sich auf ein solches nicht berufen kann, wenn das tragende Motiv der Kündigung diskriminierend ist, vgl. *Horn*, Arbeitsrechtlicher Kündigungsschutz und Europarecht, S. 124.

⁷⁹³ Vgl. zur Kündigung wegen Homosexualität BAG, Urteil vom 23. 6. 1984, BAGE 77, S. 128, (128 ff.); zur Kündigung wegen der Zugehörigkeit zu einer Religionsgemeinschaft BAG, Urteil vom 10. 10. 2002, BB 2003, S. 1283, (1283 ff.).

ausgerichteten Systematik des deutschen Kündigungsschutzrechts. Man könnte auch von einem durch die Benachteiligungsverbote bewirkten Paradigmenwechsel im deutschen Kündigungsschutzrecht sprechen.

Ein solcher Paradigmenwechsel kann aber nicht im Wege richtlinienkonformer Auslegung, sondern nur durch eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers herbeigeführt werden. Dies zeigt auch die Regelung des § 612a BGB. Mit der Regelung des § 612a BGB hat der Gesetzgeber für Fälle von Kündigungen, die auch wegen einer zulässigen Rechtsausübung des Arbeitnehmers erfolgen, gesondert den Verbotstatbestand des § 612a BGB geschaffen, weil nach gängigem Kündigungsschutzrecht die verwerfliche Motivation des Arbeitgebers jedenfalls bei Vorliegen sachlich gerechtfertigter Kündigungsgründe nicht erfasst werden könnte. Ähnliches dürfte für den Fall des § 613a Abs. 4 Satz 1 BGB gelten, der eine Kündigung wegen des Betriebsüberganges untersagt.

Ein Schutz vor versteckt diskriminierenden Kündigungen, die sich auf sachlich gerechtfertigte Kündigungsgründe stützen, aber auch von einem diskriminierenden Motiv des Arbeitgebers getragen werden, kann daher nicht über eine entsprechende richtlinienkonforme Auslegung der §§ 138, 242 BGB gewährleistet werden.⁷⁹⁴

Fraglich ist, ob diese Grundsätze auch für die Fallgruppe gelten, in der die diskriminierende Motivlage des Arbeitgebers indiziell darauf zurückzuführen ist, dass er vor Ausspruch der Kündigung weder die Pflichten aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX beachtet, noch ein Präventionsverfahren oder BEM durchgeführt hat.

Legt man hier die Maßstäbe des § 1 Abs. 2 KSchG bzw. des § 626 BGB zugrunde, wäre die Kündigung des Arbeitgebers – zum Beispiel wegen behinderungsbedingter Leistungsminderungen – in der Regel nicht als sozial gerechtfertigt anzusehen. Hat nämlich der Arbeitgeber die aus der Anwendung der §§ 81 Abs. 4, Abs. 5, 84 SGB IX folgenden Möglichkeiten

⁷⁹⁴

a.A. *Horn*, der zwar anerkennt, dass es sich bei dem *objektiven Prinzip* um ein systemprägendes Merkmal des Kündigungsschutzgesetzes handelt, aber keinen Systembruch und damit Verstoß gegen die *contra-legem-Grenze* der richtlinienkonformen Auslegung erkennen will, wenn man eine auf objektiven Kündigungsgründen gerechtfertigte Kündigung nach § 1 Abs. 2 KSchG über eine richtlinienkonforme Auslegung der §§ 138, 242 BGB als unzulässig betrachtet, weil bei dieser ein subjektives, diskriminierendes Motiv vorherrschend war, vgl. *Horn*, Arbeitsrechtlicher Kündigungsschutz und Europarecht, S. 84 ff. und S. 119 ff.

zur Vermeidung der Kündigung nicht genutzt, muss diese als unverhältnismäßig angesehen werden.

Fraglich ist, ob sich dies auf die Bewertung einer Kündigung als treu- bzw. sittenwidrig auswirken kann, deren Wirksamkeit nicht am Maßstab des Kündigungsschutzgesetzes, sondern nach Maßgabe der §§ 138, 242 BGB zu bemessen ist.

Entscheidend ist, ob sachliche Kündigungsgründe, die eine Kündigung wegen Unverhältnismäßigkeit nach Maßgabe des § 1 Abs. 2 KSchG *nicht* sozial rechtfertigen könnten, eine diskriminierende Motivlage des Arbeitgebers im Rahmen der nach §§ 138, 242 BGB vorzunehmenden Gesamtwürdigung als unbeachtlich erscheinen lassen können. Im Ergebnis muss dies bejaht werden. Andernfalls käme man über die Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bei der Bewertung der sachlichen Kündigungsgründe zu einem Kündigungsschutz *zweiter Klasse*, den der Gesetzgeber über die Bereichsausnahmen der §§ 1 Abs. 2, 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG im Kleinbetrieb und in den ersten sechs Monaten der Beschäftigung gerade nicht etablieren wollte. Kündigungen, denen zugleich eine diskriminierende Motivlage zugrunde liegt, wären außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes nur dann als wirksam zu betrachten, wenn diese gleichermaßen den Verhältnismäßigkeitsanforderungen gerecht würden, die das KSchG an derartige Kündigungen stellt. Dies widerspräche aber der Dogmatik des außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes über §§ 138, 242 BGB vermittelten Kündigungsschutzes. Dieser soll eben nur vor willkürlichen, auf völlig sachfremden Motiven liegenden Kündigungen schützen. Kann der Arbeitgeber aber sachliche Kündigungsgründe darlegen, ist die Kündigung nach Maßgabe der §§ 138, 242 BGB als wirksam anzusehen. Dies gilt selbst dann, wenn daneben auch eine wegen Missachtung der §§ 81, 84 SGB IX zu vermutende diskriminierende Motivlage des Arbeitgebers ursächlich für die Kündigung gewesen ist und die Kündigung wegen der Missachtung der §§ 81, 84 SGB IX nach § 1 Abs. 2 KSchG an sich unverhältnismäßig wäre.

Damit bleibt es im Ergebnis auch bei der Fallgruppe der versteckt diskriminierenden Kündigung dabei, dass diese nicht als treu- oder sittenwidrig angesehen werden kann. Mithin ist auch über eine Anwendung der §§ 138, 242 BGB kein umfassender Schutz vor diskriminierenden Kündigungen gewährleistet.

(2) Richtlinienkonforme Auslegung des § 612a BGB

Ein Schutz vor versteckt diskriminierenden Kündigungen kann im Ergebnis auch nicht über eine richtlinienkonforme Auslegung des § 612a BGB erreicht werden, der dem Arbeitgeber untersagt, einen Arbeitnehmer bei einer Vereinbarung oder Maßnahme zu benachteiligen, weil der Arbeitnehmer in zulässiger Weise von seinen Rechten Gebrauch macht (sog. Maßregelungsverbot). Zwar wird dem § 612a BGB gemeinhin ein neben den Bestimmungen des Kündigungsschutzgesetzes sowie neben den §§ 138, 242 BGB anwendbares Kündigungsverbot entnommen, weil eine Kündigung als Maßregelung angesehen werden kann. Auch behandelt § 612a BGB die benachteiligende Arbeitgebermotivation in Abweichung zu den Wertungen der sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Bestimmungen als vorrangig; eine Kündigung, die wegen einer zulässigen Rechtsausübung eines Arbeitnehmers erfolgt, kann somit nach den Wertungen des § 612a BGB auch dann unwirksam sein, wenn daneben an sich ein Sachverhalt gegeben ist, der die Kündigung sachlich rechtfertigen würde.⁷⁹⁵ § 612a BGB kann aber nicht auf die Fälle versteckt diskriminierender Kündigungen übertragen werden, weil der Wortlaut und der Regelungszweck der Vorschrift einer entsprechenden richtlinienkonformen Auslegung entgegenstehen.

§ 612 a BGB soll verhindern, dass Arbeitnehmer ihre Rechte nur deshalb nicht wahrnehmen, weil sie bei deren Inanspruchnahme mit Benachteiligungen durch den Arbeitgeber rechnen müssen. Geschützt ist damit die Willensfreiheit des Arbeitnehmers bei der Entscheidung darüber, ob er ein Recht ausüben will oder nicht. Erfasst werden nach dem Sinn und Zweck der Norm danach nur solche Kündigungen, die als Reaktion auf eine zulässige Rechtsausübung des Arbeitnehmers anzusehen sind.⁷⁹⁶ Dies kommt ausdrücklich im Wortlaut des § 612a BGB zum Ausdruck. Kündigungen, denen eine nach Maßgabe des AGG diskriminierende Motivlage des Arbeitgebers zugrunde liegt, fallen damit nicht in den

⁷⁹⁵ Dies gilt jedenfalls in Fällen, in denen der Kündigungsentschluss des Arbeitgebers ausschließlich durch die zulässige Rechtsverfolgung des Arbeitnehmers bestimmt gewesen ist; dann ist es unerheblich, dass an sich auch ein Sachverhalt vorliegt, der die Kündigung des Arbeitgebers nach den Maßstäben des übrigen Kündigungsschutzrechts gerechtfertigt hätte, vgl. BAG, Urteil vom 22. 5. 2003, EzA § 242 BGB 2002 Kündigung Nr. 2, S. 1, (13 ff.); *Ascheid/Preis/Schmidt/Linck*, KSchR, § 612 a BGB, 13; *KR/Pfeiffer*, § 612a BGB, Rn. 8.

⁷⁹⁶ BAG, Urteil vom 16. 2. 1989, BAGE 61, S. 151, (161).

Schutzbereich des § 612a BGB, weil hier eine ganz andere Motivation des Arbeitgebers pönalisiert wird als im Regelungsbereich des § 612a BGB.

(3) Versteckt diskriminierende Kündigung als Fall der herausgreifenden Kündigung

Eine Mindermeinung in der Literatur geht davon aus, die Unzulässigkeit versteckt diskriminierender Kündigungen ergebe sich schon aus dem allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz.⁷⁹⁷

Nach Ansicht der Rechtsprechung kann der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz zur Unverhältnismäßigkeit einer Kündigung führen, wenn sich herausstellt, dass der Arbeitgeber in vergleichbaren Situationen einem Arbeitnehmer eine Kündigung ausspricht, mit einem anderen Arbeitnehmer jedoch das Arbeitsverhältnis fortsetzt (sogenannte herausgreifende Kündigung).⁷⁹⁸

Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz verbietet dem Arbeitgeber jedoch nur, in sachlich und zeitlich völlig gleichgelagerten Kündigungssachverhalten die Arbeitnehmer unterschiedlich zu behandeln. So ist dem Arbeitgeber beispielsweise untersagt, einen schwerbehinderten Arbeitnehmer wegen eines Diebstahls im Betrieb zu kündigen, anderen, nicht schwerbehinderten, am Diebstahl aber gleichermaßen beteiligten Arbeitnehmern nur eine Abmahnung auszusprechen.⁷⁹⁹ Die herausgreifende Kündigung kann daher allenfalls einen Teilbereich der versteckt diskriminierenden Kündigungen erfassen, nicht aber vor solchen Kündigungen sachgerecht schützen, die einen schwerbehinderten Arbeitnehmer *isoliert* betreffen.⁸⁰⁰

(4) Unwirksamkeit der versteckt diskriminierenden Kündigung nach § 1 Abs. 2 KSchG und § 626 BGB

Wie die §§ 242, 138 BGB und § 612a BGB führen im Ergebnis auch die Vorschriften des Kündigungsschutzgesetzes bzw. des § 626 BGB im Allgemeinen nicht zur Unwirksamkeit einer versteckt diskriminierenden Kündigung.

⁷⁹⁷ Bayreuther, DB 2006, S. 1842, (1844).

⁷⁹⁸ Vgl. hierzu KR/*Fischermeier*, § 626 BGB, Rn. 307 ff., m. w. Nw.

⁷⁹⁹ So zutreffend *Kamanabrou*, RdA 2007, S. 199, (201); *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts, S. 388.

⁸⁰⁰ Diesen Ansatz daher ebenfalls ablehnend *Kamanabrou*, a.a.O. (Fn. 799).

Der Arbeitgeber ist angesichts der objektiv gegebenen, personenbedingten Kündigungsgründe nach § 1 Abs. 2 KSchG grundsätzlich berechtigt, das Arbeitsverhältnis mittels ordentlicher Kündigung zu beenden.⁸⁰¹ Die diskriminierende Motivlage bleibt nach den Wertungen des deutschen Kündigungsschutzrechts, auf die das AGG abschließend verweist, grundsätzlich unberücksichtigt.⁸⁰² Gleiches gilt in gravierenderen Fällen nach den Maßstäben des § 626 BGB.⁸⁰³

Beachtet man in diesen Fällen die Bereichsausnahme des § 2 Abs. 4 AGG, kann der Ausspruch der Kündigung somit grundsätzlich nicht verhindert werden. § 2 Abs. 4 AGG begründet somit eine Schutzlücke vor versteckt diskriminierenden Kündigungen.⁸⁰⁴

Fraglich ist, ob dies auch in dem Fall der versteckt diskriminierenden Kündigung gegenüber einem schwerbehinderten Arbeitnehmer gilt, in dem die diskriminierende Motivlage des Arbeitgebers darauf zurückzuführen ist, dass der Arbeitgeber vor Ausspruch der Kündigung die Pflichten aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX und aus § 84 SGB IX nicht beachtet hat. Grundsätzlich lässt sich, im Unterschied zu den sonstigen Fällen der versteckt diskriminierenden Kündigungen, die sachlich gerechtfertigt sind, aber auch aus einer diskriminierenden Motivlage des Arbeitgebers heraus erfolgen, bei den versteckt diskriminierenden Kündigungen dieses Typs feststellen, dass diese in der Regel nach § 1 Abs. 2 KSchG nicht sozial

⁸⁰¹ So auch *Horn*, Arbeitsrechtlicher Kündigungsschutz und Europarecht, S. 48.

⁸⁰² Siehe bereits die Ausführungen oben zur richtlinienkonformen Auslegung der §§ 138, 242, 612a BGB unter: Vierter Teil, B., III., 2., b., aa.; eingehend auch *Horn*, der es jedenfalls in Bezug auf § 1 Abs. 2 KSchG zutreffend als systemwidrig bezeichnet, die objektiv vorliegenden Kündigungsgründe durch das Vorhandensein einer verwerflichen Gesinnung zu relativieren, vgl. *Horn*, a.a.O. (Fn. 801), S. 55 ff., m. w. Nw.

⁸⁰³ a.A. *Horn*, der meint, anders als bei § 1 Abs. 2 KSchG müssten bei § 626 Abs. 1 BGB im Rahmen der Interessenabwägung diskriminierende Motive des Arbeitgebers berücksichtigt werden; nach Ansicht *Horns* kann dies zur Unwirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung führen, wenn das *tragende* Motiv der Kündigung diskriminierend ist, vgl. *Horn*, a.a.O. (Fn. 801), S. 70 ff.

⁸⁰⁴ Die in der Literatur anzutreffenden Stimmen, die die Bereichsausnahme des § 2 Abs. 4 AGG mit der Begründung für richtlinienkonform halten, dass das bestehende Kündigungsschutzrecht hinreichenden Schutz vor diskriminierenden Kündigungen biete, scheinen die hier aufgezeigte Schutzlücke zu übersehen, so etwa *Bayreuther*, DB 2006, S. 1842, (1843); v. *Hoyningen-Huene/Linck*, KSchG, § 1, Rn. 226 b; *Willemsen/Schweibert*, NJW 2006, S. 2583, (2584); zutreffend ein Schutzdefizit erkennend aber *Perreng/Nollert-Borasio*, AiB 2006, S. 459, (460, 461); *Sagan*, NZA 2006, S. 1257, (1257).

gerechtfertigt sind bzw. sich auch nach den Maßstäben des § 626 BGB als unwirksam erweisen.

Denn eine Kündigung wegen behinderungsbedingter Fehlzeiten oder Leistungsminderungen wird, wie im dritten Teil der Arbeit aufgezeigt, wegen des für Kündigungen geltenden ultima ratio-Grundsatzes in der Regel unverhältnismäßig und damit unwirksam sein, wenn der Arbeitgeber nicht zuvor versucht hat, durch die nach § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX erforderlichen Vorkehrungen bzw. durch die Nutzung der Verfahren des § 84 SGB IX den Schwierigkeiten des schwerbehinderten Arbeitnehmers habhaft zu werden und das Arbeitsverhältnis zu erhalten.⁸⁰⁵

Dies könnte die Annahme begründen, dass das bestehende Kündigungsschutzrecht derartig versteckt diskriminierende Kündigungen hinreichend sanktioniert, also für eine Anwendung der Benachteiligungsverbote des AGG und der damit verbundenen Sanktionen kein Bedürfnis besteht.⁸⁰⁶

Ein solches Verständnis würde allerdings in Widerspruch stehen zu dem bei der Umsetzung von Richtlinien geltenden Transparenzgebot. Dieses fordert, bei der Umsetzung von drittbegünstigenden Richtlinien eine so bestimmte, klare und transparente Rechtslage zu schaffen, dass der Einzelne seine Rechte im vollen Umfang erkennen kann.⁸⁰⁷

⁸⁰⁵ Vgl. die Ausführungen zu den Auswirkungen einer Missachtung der Vorgaben aus § 81 Abs. 4 und Abs. 5 SGB IX bzw. aus § 84 SGB IX auf das Kündigungsrecht des Arbeitgebers unter: Zweiter Teil, C.

⁸⁰⁶ Hier sei darauf hingewiesen, dass die Vorgaben der Rahmenrichtlinie vom deutschen Gesetzgeber nur verlangen, dass dieser hinreichenden Schutz vor diskriminierenden Kündigungen gewährleistet; dabei ist der Gesetzgeber jedoch nicht verpflichtet, gesetzliche Neuregelungen zu schaffen, wenn bereits die bestehenden, nationalen Vorschriften hinreichenden Schutz vor derartigen Kündigungen bieten, vgl. *Hamacher/Ulrich*, NZA 2007, S. 657, (658).

⁸⁰⁷ EuGH, Urteil vom 23. 3. 1995, Rs. 365/93, Kommission/Griechenland, EuGHE I 1995, S. 499, (499 ff.); EuGH, Urteil vom 10. 5. 2001, Rs. 144/99, Kommission/Niederlande, ZIP 2001, S. 1373, (1374), (keine ausreichende Umsetzung der sog. Klauselrichtlinie allein durch mögliche richtlinienkonforme Auslegung nationaler Vorschriften); zustimmend *Hamacher/Ulrich*, NZA 2007, S. 657, (659); ein Umsetzungsdefizit mangels genügender Transparenz ausdrücklich für den Bereich der diskriminierenden Kündigungen bejaht auch *Horn*, Arbeitsrechtlicher Kündigungsschutz und Europarecht, S. 156 ff.; *Kamanabrou*, RdA 2007, S. 199, (205); *Sagan*, NZA 2006, S. 1257, (1258), der aus diesem Grund, ohne Bezug auf die hier in Rede stehende besondere Form der Behindertendiskriminierung, eine richtlinienkonforme Auslegung der §§ 138, 242 BGB zur Umsetzung der von der Rahmenrichtlinie vorgegebenen Benachteiligungsverbote bei Kündigungen ablehnt; auch *Preis* sieht im Zusammenhang mit § 2 Abs. 4 AGG einen Verstoß gegen das Transparenzgebot, vgl. *Preis*, in *Ascheid/Preis/Schmidt*, KSchR, Grundlagen J, Rn. 71d.

Da weder den §§ 81, 84 SGB IX die vorstehend umschriebene, kündigungrechtliche Relevanz entnommen werden kann, noch die bestehenden kündigungsschutzrechtlichen Bestimmungen erkennbar machen, dass die Missachtung der §§ 81, 84 SGB IX unter dem Aspekt unzulässiger Behindertendiskriminierung zum Ausschluss des Kündigungsrechts führen kann, wäre eine transparente Umsetzung der Richtlinienvorgaben durch die Anwendung des bestehenden Kündigungsschutzrechts nicht gewährleistet.⁸⁰⁸

Hinzukommt, dass außerhalb des Anwendungsbereichs des Kündigungsschutzgesetzes, also im Kleinbetrieb oder vor Ablauf der sechsmonatigen Wartezeit nach § 1 Abs. 1 KSchG, die Nichtbeachtung der §§ 81, 84 SGB IX in den meisten Fällen nicht zur Unwirksamkeit einer arbeitgeberseitigen Kündigung führt. Nach Ansicht der Rechtsprechung und der herrschenden Meinung im Schrifttum findet nämlich der für Kündigungen geltende ultima ratio-Grundsatz außerhalb des Anwendungsbereichs des Kündigungsschutzgesetzes keine Anwendung.⁸⁰⁹ Da dieses aber in den überwiegenden Fällen der dogmatische Anknüpfungspunkt für den einschränkenden Einfluss der §§ 81, 84 SGB IX auf das Kündigungsrecht des Arbeitgebers ist, kann im Kleinbetrieb oder vor Ablauf der Wartezeit die Missachtung der genannten Vorschriften in der Regel auch nicht zum Ausschluss des arbeitgeberseitigen Kündigungsrechts führen.⁸¹⁰

Etwas anderes gilt nur, wenn der Arbeitgeber die Pflicht zur behinderten- und fähigkeitsgerechten Beschäftigung aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX bedingt vorsätzlich außer Acht gelassen hat und dabei in Kauf genommen hat, dass es hierdurch zu kündigungsrelevanten Schwierigkeiten des schwerbehinderten Arbeitnehmers kommt.⁸¹¹ In den übrigen Fällen begründet aber die fehlende kündigungrechtliche Sanktionierung der wegen

⁸⁰⁸ In diesem Sinne kritisiert auch *Leder*, dass § 81 Abs. 3 und Abs. 4 SGB IX eine konzeptionelle Anbindung an den Tatbestand der Diskriminierung fehlt, vgl. *Leder*, Das Diskriminierungsverbot wegen einer Behinderung, S. 234 ff.

⁸⁰⁹ BAG, Urteil vom 21. 2. 2001, EzA § 242 BGB 2002 Kündigung Nr. 2, S. 1, (6 ff., 8); BAG, Urteil vom 22. 5. 2003, AP Nr. 18 zu § 1 KSchG 1969, Wartezeit Nr. 18, Bl. 26, (31); BAG, Urteil vom 24.1.2008, NZA-RR 2008, S. 405 ff.; BAG, Urteil vom 28. 6. 2007, NZA 2007, S. 1049, (1052, 1053); *Ascheid/Preis/Schmidt/Preis*, KSchR, Grundlagen J, Rn. 57; *Mohr*, br 2008, S. 34, (50); *Stahlhacke/Preis/Vossen/Preis*, 1. Abschnitt, § 13, Rn. 317; v. *Hoyningen-Huene/Linck*, KSchG, § 1, Rn. 204.

⁸¹⁰ Siehe hierzu schon die Ausführungen im Gesamtergebnis zum dritten Teil der Arbeit, unter: Dritter Teil, D.

⁸¹¹ Dann ist der Ausspruch der Kündigung als sittenwidrig einzustufen und die Kündigung nach § 138 BGB als nichtig anzusehen, vgl. hierzu die Ausführungen unter: Dritter Teil, C., VI., 1., c.

Missachtung der §§ 81, 84 SGB IX zu vermutenden, diskriminierenden Motivlage des Arbeitgebers bei Ausspruch einer Kündigung eine Schutzlücke im Bereich der versteckt diskriminierenden Kündigung.⁸¹²

(5) Zwischenergebnis

Die Regelungen des allgemeinen Kündigungsschutzrechts schützen nicht hinreichend vor versteckt diskriminierenden Kündigungen des Arbeitgebers. Indem § 2 Abs. 4 AGG im Bereich der Kündigungen eine Anwendung der Benachteiligungsverbote des AGG ausdrücklich untersagt, entsteht im deutschen Recht eine Schutzlücke für versteckt diskriminierende Kündigungen.

cc. Vereinbarkeit einer Schutzlücke bei versteckt diskriminierenden Kündigungen mit den Vorgaben der Rahmenrichtlinie

Die durch § 2 Abs. 4 AGG begründete Schutzlücke führt im Lichte der Rahmenrichtlinie und des verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbotes zugunsten Behinderter nach Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG im Ergebnis auch zur Europarechtswidrigkeit des § 2 Abs. 4 AGG. Denn die Rahmenrichtlinie und das verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot, deren einfachgesetzliche Umsetzung das AGG bezweckt,⁸¹³ sollen auch vor diskriminierenden Kündigungen schützen, denen neben sachlichen Kündigungsgründen auch eine diskriminierende Motivlage zugrunde liegt.

Für das Verfassungsrecht lässt sich dies aus einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes (BVerfG) mit Bezug auf die nach Art. 3 Abs. 2, Abs. 3 GG verbotene Geschlechterdiskriminierung ableiten, die auch Niederschlag in der Rechtsprechung des BAG gefunden hat.⁸¹⁴

Das BVerfG sah in dieser Entscheidung aus dem Jahr 1993 eine den Gleichheitssatz verletzende geschlechtsspezifische Benachteiligung bei der

⁸¹² Diese Schutzlücke für benachteiligende Kündigungen im Kleinbetrieb und innerhalb der Wartezeit erkennt auch *Düwell*, vgl. *Dau/Düwell/Haines/Düwell*, Sozialgesetzbuch IX, § 81, Rn. 34.

⁸¹³ Vgl. die Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung vom 8. 6. 2006, BT-DS 16/1780, S. 1 ff.; vgl. ferner zur Entstehungsgeschichte des AGG *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, S. 5 ff.

⁸¹⁴ Vgl. BVerfG, Urteil vom 16. 11. 1993, DB 1994, S. 1292, (1292 ff.); BAG, Urteil vom 27. 4. 2000, 8 AZR 295/99, veröffentlicht bei *Juris*; BAG, Urteil vom 5. 2. 2004, BAGE 109, S. 265, (273 ff.).

Einstellung auch dann als gegeben an, wenn die Ablehnung einer Bewerberin *unter anderem* an das Geschlecht anknüpft, auch wenn ansonsten sachliche Gründe für die negative Einstellungsentscheidung gegeben sind, wie etwa, dass die abgelehnte Bewerberin auch tatsächlich schlechter qualifiziert gewesen ist als der männliche Konkurrent. Die sachlich gerechtfertigten Gründe der Ablehnung würden nicht ausschließen, so das BVerfG, dass der Arbeitgeber die Geschlechtszugehörigkeit der Bewerberin negativ bewertet habe und diese insofern bei der Auswahl benachteiligt habe. Das verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot verlange aber, dass das Geschlecht eines Bewerbers bei der Einstellung überhaupt nicht zu dessen Lasten berücksichtigt werde.

Diese Wertungen können auch auf die übrigen von Art. 3 GG erfassten Merkmale übertragen werden. Das Diskriminierungsverbot zugunsten Behinderter nach Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG muss danach einer hier als versteckt diskriminierend bezeichneten Kündigung entgegenstehen, auch und selbst wenn diese nach den Maßstäben des Kündigungsschutzrechts gerechtfertigt ist.

Nichts anderes kann sich aus den Vorgaben der Rahmenrichtlinie ergeben, die angesichts ihres Zwecks, einen möglichst umfassenden Schutz vor Diskriminierungen zu bieten, auch eine diskriminierende Motivlage des Benachteiligten pönalisieren will und dies gemäß Art. 3 Abs. 1 c der Rahmenrichtlinie auch auf den Bereich der Kündigung bezieht.⁸¹⁵ Eine Bereichsausnahme für bestimmte Arten von Kündigungen, etwa solche, die hier als versteckt diskriminierend bezeichnet werden, ist der Rahmenrichtlinie nicht zu entnehmen.⁸¹⁶ Auch differenziert der von der Rahmenrichtlinie geforderte umfassende Diskriminierungsschutz bei Kündigungen nicht nach der Größe des Betriebes oder der Dauer des Arbeitsverhältnisses, sondern gilt ausnahmslos für alle Arbeitnehmer.⁸¹⁷ Ausreichend ist nach den Vorgaben der Rahmenrichtlinie demnach, dass

⁸¹⁵ So zutreffend *Hamacher/Ulrich*, NZA 2007, S. 657, (658); im Ergebnis wohl auch *Sagan*, NZA 2006, S. 1257, (1258); a.A. *Horn*, der die Ansicht vertritt, dass nach der Rahmenrichtlinie nur dann eine unmittelbare Diskriminierung vorliege, wenn das diskriminierende Motiv tragend für das benachteiligende Verhalten war, vgl. *Horn*, Arbeitsrechtlicher Kündigungsschutz und Europarecht, S. 38 ff.

⁸¹⁶ *Rust/Falke/Bertelsmann*, AGG, § 2, Rn. 243.

⁸¹⁷ So auch *Ritschel*, iqpr-Forum B, Diskussionsbeitrag Nr. 2/2007, S. 5, 6, veröffentlicht im Internet unter http://www.iqpr.de/iqpr/seiten/diskussionsforen/forumb/forum-b-de.asp#B2_2007, (letzter Abruf am 12. 10. 2010); *Rust/Falke/Bertelsmann*, AGG, § 2, Rn. 243.

der benachteiligenden Kündigungsentscheidung des Arbeitgebers ein Motivbündel zugrunde liegt, in dem unter anderem auch die Behinderung des gekündigten Arbeitnehmers eine Rolle spielt.⁸¹⁸

Die Benachteiligungsverbote des AGG, die einer Umsetzung des verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbotes sowie der Richtlinienvorgaben dienen, müssten im Ergebnis daher den Ausspruch versteckt diskriminierenden Kündigungen verhindern, die zwar auf objektiv gerechtfertigte Kündigungsgründe gestützt werden, aber auch von einem diskriminierenden Motiv des Arbeitgebers getragen sind. Da dies über die Bereichsausnahme nach § 2 Abs. 4 AGG ausdrücklich ausgeschlossen ist und auch das allgemeine Kündigungsschutzrecht hier keinen hinreichenden Kündigungsschutz erzeugt, bewirkt die Regelung des § 2 Abs. 4 AGG im Ergebnis ein richtlinienwidriges Schutzdefizit.

dd. Ergebnis: Europarechtswidrigkeit der Bereichsausnahme des § 2 Abs. 4 AGG

Über eine richtlinienkonforme Auslegung der bestehenden kündigungsschutzrechtlichen Bestimmungen gelangt man nicht zu dem von der Rahmenrichtlinie vorgegebenen umfassenden Schutz vor versteckt diskriminierenden Kündigungen. Kündigungen, die sich auf einen personen-, verhaltens- oder betriebsbedingten Kündigungsgrund nach Maßgabe des § 1 Abs. 2 KSchG stützen, aber auch aus einem diskriminierenden Motiv des Arbeitgebers heraus erfolgen, sind nach der gegenwärtigen Rechtslage in der Regel als zulässig anzusehen. Dies gilt nach der hier vertretenen Ansicht auch für Kündigungen gegenüber schwerbehinderten Arbeitnehmern, die sich auf einen sachlichen Kündigungsgrund stützen, bei denen aber eine diskriminierende Motivlage des Arbeitgebers vermutet wird, weil dieser vor Ausspruch der Kündigung seinen Pflichten aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX bzw. aus § 84 SGB IX nicht nachgekommen ist. Jedenfalls im Kleinbetrieb sowie innerhalb der ersten sechs Monate der Beschäftigung hat ein Verstoß des Arbeitgebers gegen die genannten Vorschriften aus dem SGB IX wegen der Unanwendbarkeit des Verhältnismäßigkeitsprin-

⁸¹⁸ So allgemein für den Tatbestand der Benachteiligung im Sinne des AGG Däubler/Bertzbach/Däubler, AGG, § 1, Rn. 18 ff., mit Verweis auf das Urteil des BverfG vom 16. 11. 1993, DB 1994, S. 1292, (1292 ff.); Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, S. 94; a.A. Horn, der meint, nach der Rahmenrichtlinie müsse eine Kündigung nur dann sanktioniert werden, wenn das tragende Motiv verpönt sei, vgl. Horn, Arbeitsrechtlicher Kündigungsschutz und Europarecht, S. 38 ff.

zips keine Auswirkungen auf die Wirksamkeit einer nachfolgend ausgesprochenen Kündigung.

Damit begründet die Bereichsausnahme des § 2 Abs. 4 AGG im Bereich der versteckt diskriminierenden Kündigung ein der Rahmenrichtlinie widersprechendes Schutzdefizit, welches im Ergebnis die Europarechtswidrigkeit dieser Regelung begründet.⁸¹⁹

c. Konsequenzen der Europarechtswidrigkeit des § 2 Abs. 4 AGG für die Wirksamkeit der Kündigung eines schwerbehinderten Arbeitnehmers

Mit der Feststellung, dass § 2 Abs. 4 AGG wegen des Schutzdefizits im Bereich versteckt diskriminierender Kündigungen als europarechtswidrig angesehen werden muss, ist die eingangs aufgeworfene Frage nach der Rechtswirksamkeit einer solchen versteckt diskriminierenden Kündigung noch nicht abschließend beantwortet. Zu der Feststellung der Unwirksamkeit versteckt diskriminierender Kündigungen nach Maßgabe des § 7 Abs. 1 AGG in Abweichung von den bestehenden Vorschriften des Kündigungsschutzrechts käme man nämlich nur, wenn man als Folge der Europarechtswidrigkeit des § 2 Abs. 4 AGG auch zur Unanwendbarkeit der normierten Bereichsausnahme und damit zur Anwendbarkeit des AGG insgesamt gelangen würde.

Im Arbeitsverhältnis mit einem staatlichen Arbeitgeber könnte man zu diesem Ergebnis noch über die im Vertikalverhältnis Bürger – Staat allgemein anerkannte, unmittelbare Anwendung der Rahmenrichtlinie gelangen.⁸²⁰ Allerdings ist bereits zweifelhaft, ob die Bestimmungen der Rahmenrichtlinie in Bezug auf diskriminierende Kündigungen die für die unmittelbare Richtlinienanwendung gemeinhin vorausgesetzte Bestimmtheit aufweisen.⁸²¹

⁸¹⁹ So auch *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, S. 44; *Wisskirchen*, Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz, S. 46 ff; *dieselbe*, DB 2006, S. 1491, (1495).

⁸²⁰ Vgl. hierzu EuGH, Urteil vom 19. 1. 1982, Rs. 8/81, Becker, Slg. 1982, S. 00053, (00053 ff.); EuGH, Urteil vom 26. 2. 1986, Rs. 152/84, Marshall, NJW 1986, S. 2178, (2180); EuGH, Urteil vom 7. 3. 1996, Rs. 192/94, El Corte Inglés, Slg. 1996, S. I-01281, (I-01281 ff.); BAG, Urteil vom 26. 4. 2006, DB 2006, S. 1734, (1737); Däubler/Bertzbach/*Däubler*, AGG, Einleitung, Rn. 90 ff.; Hanau/Steinmeyer/Wank/*Wank*, Handbuch europäisches Arbeits- und Sozialrecht, § 9, Rn. 105 ff.; *Kamanabrou*, RdA 2007, S. 199, (205); *Thüsing*, NJW 2003, S. 3441, (3441, 3442).

⁸²¹ Vgl. zu den Voraussetzungen einer unmittelbaren Anwendung von Richtlinienbestimmungen im Vertikalverhältnis EuGH, Urteil vom 19. 1. 1982,

Jedenfalls aber im Arbeitsverhältnis mit einem privaten Arbeitgeber, in dem eine unmittelbare Anwendung europäischer Richtlinien ausgeschlossen ist,⁸²² stellt sich die Frage, ob und wie die Europarechtswidrigkeit des § 2 Abs. 4 AGG zur Anwendbarkeit der Benachteiligungsverbote des AGG insbesondere im Hinblick auf die Wirksamkeit einer versteckt diskriminierenden Kündigung führen kann.

aa. Richtlinienkonforme Auslegung oder Teilreduzierung des § 2 Abs. 4 AGG

Feststeht, dass man nicht über eine richtlinienkonforme Auslegung des § 2 Abs. 4 AGG zu einer Anwendbarkeit der Benachteiligungsverbote des AGG auf versteckt diskriminierende Kündigungen gelangen kann. Dem stehen nicht nur der eindeutige Wortlaut des § 2 Abs. 4 AGG entgegen, sondern auch der hinter der Bereichsausnahme stehende, unzweideutige gesetzgeberische Wille, die Benachteiligungsverbote des AGG nicht auf Kündigungen anzuwenden.⁸²³

Auch eine Auslegung des § 2 Abs. 4 AGG dahingehend, bei einem Verstoß gegen die Benachteiligungsverbote des AGG nur die Unwirksamkeitsfolge aus § 7 Abs. 1 AGG i.V.m. § 134 BGB für anwendbar zu halten, dagegen

Rs. 8/81, Becker, Slg. 1982, S. 00053, (00053 ff.); *Korthaus*, S. 142 ff.; die notwendige Bestimmtheit der Bestimmungen der Rahmenrichtlinie könnte vorliegend in Zweifel gezogen werden, weil die Rahmenrichtlinie zwar ein ausdrückliches Diskriminierungsverbot bei Kündigungen enthält, die Rechtsfolgen einer solchen Diskriminierung jedoch nicht vorgibt; in der Literatur wird daher zum Teil die Möglichkeit einer unmittelbaren Richtlinienanwendung im Zusammenhang mit den Diskriminierungsverboten bei Kündigungen verneint, vgl. etwa *Kamanabrou*, RdA 2007, S. 199, (205); *Korthaus*, S. 142 ff.; *Sagan*, NZA 2006, S. 1257, (1259), der allerdings hieraus den Schluss zieht, dass die unmittelbar anwendbaren Richtlinienbestimmungen § 2 Abs. 4 AGG verdrängen und den Weg eröffnen für die grundsätzliche Anwendung des AGG auf diskriminierende Kündigungen; hinreichende Bestimmtheit dagegen bejahend wohl *Thüsing*, NJW 2003, S. 3441, (3444), der dahingehend tendiert, die Unwirksamkeit einer Kündigung als in der Rahmenrichtlinie vorgesehene Mindestsanktion zu betrachten.

⁸²² Vgl. EuGH, Urteil vom 26. 2. 1986, Rs. 152/84, Marshall, NJW 1986, S. 2178, (2180); EuGH, Urteil vom 14. 7. 1994, Rs. 91/94, Faccini Dori, NJW 1994, S. 2473, (2473, 2474); EuGH, Urteil vom 7. 3. 1996, Rs. 192/94, El Corte Inglés, Slg. 1996, S. I-01281, (I-01281); EuGH, Urteil vom 5. 10. 2004, Rs. 397/01 bis 403/01, Pfeiffer, NZA 2004, S. 1145, (1151); Däubler/Bertzbach/Däubler, AGG, Einleitung, Rn. 94; Erfurter Kommentar/Schlachter, § 2 AGG, Rn. 16; *Giesen*, SAE 2006, S. 45, (50 ff.); *Herdegen*, Europarecht, § 9, Rn. 47 ff.; *Kamanabrou*, RdA 2007, S. 199, (205); *Sagan*, NZA 2006, S. 1257, (1259); *Thüsing*, NJW 2003, S. 3441, (3442).

⁸²³ Vgl. hierzu die Ausführungen unter: Vierter Teil, B., III., 2., a.

die sonstigen Sanktionen, wie die Entschädigungspflicht nach § 15 Abs. 2 AGG, als gesperrt anzusehen, kommt nicht in Betracht.⁸²⁴ Wenn bei Kündigungen nach dem klaren Regelungsplan des § 2 Abs. 4 AGG schon die Anwendbarkeit der Benachteiligungsverbote als solcher ausgeschlossen sein soll, kann eine an den Verstoß gegen diese Benachteiligungsverbote geknüpfte Sanktion in Form der Unwirksamkeitsfolge ebenfalls nicht anwendbar sein. Ein sanktionierter Verstoß gegen die Benachteiligungsverbote ist bei Kündigungen nicht feststellbar, weil das Benachteiligungsverbot für Kündigungen nach § 2 Abs. 4 AGG nicht gelten soll.

In der Literatur wird vielfach auch der umgekehrte Ansatz vertreten. § 2 Abs. 4 AGG sei dahingehend auszulegen, dass die Norm die Anwendung des AGG nur für Fragen der Wirksamkeit einer Kündigung ausschließe, für Entschädigungsfragen nach § 15 Abs. 2 AGG die Anwendbarkeit des AGG aber nicht sperre.⁸²⁵

Dieser Ansicht ist auch das LAG Bremen in einer Entscheidung vom 29. 6. 2010 gefolgt, in der es einer Arbeitnehmerin wegen einer diskriminierenden Probezeitkündigung, die nach den Maßstäben des Kündigungsschutzrechts als wirksam anzusehen war, eine Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG zugesprochen hat.⁸²⁶ Nach Auffassung des LAG Bremen stehe die Ausschließlichkeitsanordnung des § 2 Abs. 4 AGG einem Entschädigungsanspruch gemäß § 15 Abs. 2 AGG nicht entgegen. Der Arbeitnehmer könne daher im Falle einer diskriminierenden Kündigung einen Entschädigungsanspruch verlangen, und zwar auch ohne Erhebung einer Kündigungsschutzklage.⁸²⁷

Das LAG Bremen begründet seine dahingehende Auslegung des § 2 Abs. 4 AGG im Wesentlichen damit, dass der Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts des Arbeitnehmers sanktioniere. Das Gericht verweist in diesem Zusammenhang

⁸²⁴ So aber ArbG Bielefeld, NZA-RR 2007, S. 466, (468).

⁸²⁵ *Bauer/Göpfert/Krieger*, AGG, § 2, Rn. 61 ff.; *Bauer/Thüsing/Schunder*, NZA 2006, S. 774, (776); *Diller/Krieger/Arnold*, NZA 2006, S. 887, (890); *Domröse*, NZA 2006, S. 1320, (1324); *Freckmann*, BB 2007, S. 1049, (1050, 1051); *Hamann*, JURA 2007, S. 641, (645); *Palandt/Heinrichs*, § 2 AGG, Rn. 16; *Rust/Falke/Bertelsmann*, AGG, § 2, Rn. 260 ff.

⁸²⁶ LAG Bremen, Urteil vom 29.06.2009, BB 2010, S. 2512 ff.

⁸²⁷ LAG Bremen, a.a.O. (Fn. 826).

auf eine Entscheidung des BAG vom 22. 9. 2010.⁸²⁸ In der Entscheidung vom 22. 9. 2010 hat das BAG die Frage der Anwendbarkeit des § 15 Abs. 2 AGG bei (rechtsunwirksamen) Kündigungen zwar im Ergebnis offen gelassen. Es hat aber ausgeführt, dass eine Anwendung des § 15 Abs. 2 AGG auch bei diskriminierenden Kündigungen jedenfalls nicht systemwidrig erscheine, da auch bisher etwa auf § 823 Abs. 1 BGB gestützte Entschädigungen für erlittene immaterielle Schäden bei der Geltendmachung einer Persönlichkeitsrechtsverletzung im Zusammenhang mit dem Ausspruch einer unwirksamen Kündigung nicht ausgeschlossen gewesen seien.⁸²⁹

Gegen eine die Anwendung des § 15 Abs. 2 AGG „nicht sperrende“ Auslegung des § 2 Abs. 4 AGG, wie sie Teile der Literatur sowie das LAG Bremen vertreten, sprechen jedoch ebenfalls verschiedene Gründe. Zum einen ist schon fraglich, ob sich eine derartige teilreduzierende Auslegung des § 2 Abs. 4 AGG mit dem Regelungsplan der Norm vereinbaren ließe. Der Wortlaut des § 2 Abs. 4 AGG differenziert ausdrücklich nicht zwischen der Frage der Wirksamkeit der Kündigung und den sonstigen Sanktionen, sondern schließt für Kündigungen gerade ohne Differenzierung die Anwendung des AGG aus und bestimmt die ausschließliche Anwendung des Kündigungsschutzrechts.⁸³⁰ Insoweit überzeugt auch der Verweis des BAG auf das Nebeneinander von Bestandsschutz nach dem Kündigungsschutzrecht und Entschädigungsansprüchen nach § 823 Abs. 1 BGB bei persönlichkeitsrechtsverletzenden Kündigungen nicht, da in Bezug auf deliktsrechtliche Entschädigungsansprüche nach § 823 Abs. 1 BGB keine mit § 2 Abs. 4 AGG vergleichbare Sperregelung existiert.

Zudem wäre es widersprüchlich, jedenfalls eine nach den Vorgaben des Kündigungsschutzrechts als rechtmäßig anzusehende Kündigung mit einer Entschädigungspflicht zu verknüpfen.⁸³¹ Auch würde eine reine Entschädi-

⁸²⁸ LAG Bremen, a.a.O. (Fn. 826).

⁸²⁹ BAG, Urteil vom 22. 10. 2009, BB 2010, S. 643 ff.

⁸³⁰ Wie hier *Adomeit/Mohr*, AGG, § 2, Rn. 215; Beck *OK/Roloff*, § 2 AGG, Rn. 27; *Sagan*, NZA 2006, S. 1257, (1258).

⁸³¹ So zutreffend *Willemsen/Schweibert*, NJW 2006, S. 2583, (2585); eine Teilreduzierung ablehnend auch *Sagan*, NZA 2006, S. 1257, (1258); kritisch ferner *Deinert*, der zutreffend darauf hinweist, dass sich der Gesetzgeber bei allen übrigen Diskriminierungen nicht mit einer Sanktionierung durch Schadensersatz oder Entschädigung begnügt, sondern daneben in § 7 AGG die Unwirksamkeit der diskriminierenden Maßnahmen anordnet; daher sei zu bezweifeln, ob bei Kündigungen

gungslösung, die an ein verwerfliches Motiv des Arbeitgebers anknüpft, die Frage aufwerfen, warum im Anwendungsbereich des § 612a BGB ein ähnlich verwerfliches Motiv des Arbeitgebers bei der Kündigung zur Unwirksamkeit derselben führen soll, selbst wenn daneben sachliche Gründe für die Kündigung vorliegen, im Anwendungsbereich des AGG dies aber nicht der Fall sein soll.

Insbesondere wäre eine derartige, teilreduzierende Auslegung des § 2 Abs. 4 AGG aber nicht als hinreichende Sanktion für eine diskriminierenden Kündigung im Sinne der Rahmenrichtlinie anzusehen.⁸³²

Nach Art. 17 der Rahmenrichtlinie müssen die Sanktionen, die auch Schadensersatzleistungen an die Opfer umfassen können, wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein.⁸³³ Diese Wortwahl bringt zum Ausdruck, dass eine Ahndung von Verstößen gegen die Benachteiligungsverbote allein über die Zuerkennung eines Schadensersatz- oder Entschädigungsanspruches nicht als ausreichend angesehen wird. Bei schwerbehinderten Arbeitnehmern zeigt zudem die Erfahrung mit der Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers nach § 71 Abs. 1 SGB IX und der Pflicht zur Ausgleichsabgabe bei Nichterfüllung der Pflichtquote, dass allein finanzielle Einbußen häufig keine verhaltenssteuernde Wirkung auf Arbeitgeber haben. So führt die fehlende Sanktionierung der Nichteinhaltung der Beschäftigungspflichtquote durch einen entsprechenden Einstellungsanspruch betroffener Schwerbehinderter in der Praxis dazu, dass die Mehrheit der Arbeitgeber die Pflichtquote nicht erfüllt und stattdessen pro nicht besetztem Arbeitsplatz die nach § 77 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 1 SGB IX fällige Ausgleichsabgabe zahlt.⁸³⁴ Die finanzielle Belastung des Arbeitgebers durch die Ausgleichsabgabe hat also entgegen der ihr vom Gesetzgeber zuerkann-

eine reine Schadensersatzlösung als genügend angesehen werden könne, vgl. *Deinert*, RdA 2007, S. 275, (277).

⁸³² So auch *Horn*, Arbeitsrechtlicher Kündigungsschutz und Europarecht, S. 164.

⁸³³ Art. 17 der Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. 11. 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf.

⁸³⁴ Vgl. *Frick*, Interne Arbeitsmärkte und betriebliche Schwerbehindertenbeschäftigung, S. 15 ff.; GK-SGB IX/*Großmann*, Band 2, § 71, Rn. 154 ff.; zu diesem Ergebnis gelangt auch *Harmsen*, der mit Bezug auf eine 1980 durchgeführte, bundesweite Arbeitgeberbefragung betont, dass die meisten Arbeitgeber es problemloser finden, die Ausgleichsabgabe zu zahlen als einen Schwerbehinderten einzustellen, vgl. *Harmsen*, Arbeitgeberverpflichtungen im Schwerbehindertengesetz, S. 56 ff.

ten *Antriebsfunktion* zur Einstellung Schwerbehinderter häufig gerade nicht zur Folge, dass Arbeitgeber ihrer Beschäftigungspflicht nachkommen.⁸³⁵

An einen Verstoß gegen die Benachteiligungsverbote also allein eine finanzielle Entschädigungspflicht zu knüpfen, kann nicht als wirksame und abschreckende Sanktion im Sinne der Rahmenrichtlinie angesehen werden.

Dieses Verständnis bestätigt auch die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Chacón Navas*. Nach den darin entwickelten Vorgaben des EuGH muss ein (nicht gerechtfertigter) Verstoß gegen das Verbot der Diskriminierung wegen einer Behinderung einer Entlassung des betroffenen Arbeitnehmers entgegenstehen.⁸³⁶ Dies gelingt bei einer Entlassung im Wege der Kündigung aber eben nur darüber, dass als Konsequenz des Verstoßes gegen das Diskriminierungsverbot der Kündigung die Wirksamkeit abgesprochen wird.

Im Ergebnis kann § 2 Abs. 4 AGG daher nicht dahingehend ausgelegt werden, für die Frage der Wirksamkeit der Kündigung einen Anwendungsauschluss anzunehmen, für Entschädigungsfragen das AGG aber für anwendbar zu erklären.

bb. Anwendung oder Außerachtlassung des § 2 Abs. 4 AGG

Fraglich ist, welche Konsequenz es hat, dass die Richtlinienwidrigkeit des § 2 Abs. 4 AGG nicht im Wege einer richtlinienkonformen Auslegung oder Teilreduzierung der Norm überwunden werden kann. In der Literatur wird zum Teil vertreten, dass eine Anwendung der Benachteiligungsverbote des AGG bei (versteckt diskriminierenden) Kündigungen erst nach einer entsprechenden Gesetzesänderung möglich sein kann bzw. erst nach Ausspruch eines verbindlichen Unanwendbarkeitsausspruchs im Hinblick auf § 2 Abs. 4 AGG durch den EuGH. Bis dahin sei die gesetzgeberische Entscheidung im Rahmen des § 2 Abs. 4 AGG zu beachten und an der europarechtswidrigen Bereichsausnahme festzuhalten.⁸³⁷

⁸³⁵ Zur Antriebsfunktion der Ausgleichsabgabe BverfG, Urteil vom 26. 5. 1981, DB 1981, S. 1287, (1287 ff.); Erfurter Kommentar/Rolfs, § 77 SGB IX, Rn. 1.

⁸³⁶ EuGH, Urteil vom 11. 7. 2006, NZA 2006, S. 839, (839 ff.).

⁸³⁷ Beck OK/Roloff, § 2 AGG, Rn. 25 ff.; Palandt/Heinrichs, § 2 AGG, Rn. 12, 14; Ritschel, iqpr-Forum B, Diskussionsbeitrag Nr. 2/2007, S. 5, veröffentlicht im Internet unter http://www.iqpr.de/iqpr/seiten/diskussionsforen/forumb/forum-b-de.asp#B2_2007, (letzter Abruf am 12. 10. 2010).

Für versteckt diskriminierende Kündigungen bliebe es danach zunächst bei dem nach der hier vertretenen Ansicht festgestellten Schutzdefizit. Die Sanktionsmechanismen des AGG kämen gegenwärtig bei versteckt diskriminierenden Kündigungen nicht zur Anwendung. Damit könnten die Benachteiligungsverbote des AGG auch nicht zu einer Steigerung der Effektivität der §§ 81, 84 SGB IX beitragen.

Andere Vertreter der Literatur sprechen sich dagegen dafür aus, die Bereichsausnahme des § 2 Abs. 4 AGG angesichts ihrer Europarechtswidrigkeit insgesamt unangewendet zu lassen.⁸³⁸ Dieser Ansicht hat sich in zwei Entscheidungen des Arbeitsgerichts Osnabrück im Zusammenhang mit der Frage der Altersdiskriminierung bei Kündigungen auch die Rechtsprechung angeschlossen.⁸³⁹ Versteckt diskriminierende Kündigungen wären hiernach unter Außerachtlassung der Bereichsausnahme des § 2 Abs. 4 AGG nach Maßgabe des § 7 Abs. 1 AGG i.V.m. § 134 BGB als unwirksam anzusehen. Zusätzlich wäre der Arbeitgeber zur Zahlung von Schadensersatz und Entschädigung nach § 15 AGG verpflichtet.⁸⁴⁰

cc. Stellungnahme

Die anerkannten Grundsätze zum Verhältnis zwischen europäischen Richtlinien und nationalem Umsetzungsrecht scheinen der Ansicht Recht zu

⁸³⁸ Dau/Düwell/Haines/Düwell, Sozialgesetzbuch IX, § 81, Rn. 34 ff.; Däubler/Bertzbach/Däubler, AGG, § 2, Rn. 256 ff.; Däubler/Kittner/Klebe/Buschmann, BetrVG, § 23, Rn. 149; ähnlich Bayreuther, der sich für eine Unanwendbarkeit der Sperrwirkung und eine Umdeutung des § 2 Abs. 4 AGG in eine Beweislastregel ausspricht, vgl. Bayreuther, DB 2006, S. 1842, (1843 ff.); Kock, ZIP 2006, S. 1551, (1552); MüArbR/Wank, Band 1, § 97, Rn. 40; Nollert-Borasio/Perreng, AGG, § 2, Rn. 33; Sagan, NZA 2006, S. 1257, (1259); Schiek/Schiek, AGG, § 2 AGG, Rn. 38; dieselbe, NZA 2004, S. 873, (884), ganz allgemein für ein Außer-anwendunglassen nationaler Vorschriften bei Richtlinienwidrigkeit derselben; Thüsing, BB 2007, S. 1506, (1507).

⁸³⁹ Vgl. ArbG Osnabrück, Urteil vom 5. 2. 2007, BB 2007, S. 1504, (1504 ff.); ArbG Osnabrück, Urteil vom 3. 7. 2007, NZA 2007, S. 982, (982 ff.).

⁸⁴⁰ Im Schrifttum wird zum Teil abgelehnt, den Arbeitgeber neben der Unwirksamkeitsfolge der Kündigung auch noch mit einer Schadensersatz- oder Entschädigungspflicht nach § 15 AGG zu belegen, vgl. Sagan, NZA 2006, S. 1257, (1260); dieser Ansicht ist entgegen zu halten, dass sich der Gesetzgeber im AGG in allen übrigen Fällen unzulässiger Diskriminierung für ein Nebeneinander von Unwirksamkeitsfolge und schadensersatz- bzw. entschädigungsrechtlicher Sanktion entschieden hat; es ist kein Grund ersichtlich, bei diskriminierenden Kündigungen, die für Arbeitnehmer besonders einschneidende Folgen haben, hiervon abzuweichen; für ein Nebeneinander von Unwirksamkeitsfolge und Schadensersatz bzw. Entschädigung auch Kamanabrou, RdA 2007, S. 199, (203 ff.).

geben, die bis zu einer Änderung des AGG an der europarechtswidrigen Bereichsausnahme des § 2 Abs. 4 AGG festhalten will. So würde eine weitere Anwendung des § 2 Abs. 4 AGG unbestreitbar sowohl den Grundsatz der fehlenden horizontalen Drittwirkung von Richtlinien zwischen Privaten wahren als auch die Grenzen richtlinienkonformer Auslegung, welche nicht zu Ergebnissen führen darf, die sich in klaren Widerspruch setzen zu Willen und Regelungsplan des nationalen Gesetzgebers.

Eine weitere Anwendung des § 2 Abs. 4 GG würde indes nicht die Vorgaben beachten, die der EuGH im Zusammenhang mit der Umsetzung europäischen Rechts an die nationalen Gerichte stellt. Diese Vorgaben hat der EuGH mit Bezug auf das gemeinschaftsrechtliche Gebot der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf und das Verbot der Altersdiskriminierung mit Entscheidung vom 22. 11. 2005 in der Rechtssache Mangold entwickelt und mit Entscheidung vom 19. 01. 2010 in der Rechtssache Küçükdeveci noch einmal bestätigt.⁸⁴¹

Danach obliegt es den nationalen Gerichten, bei denen ein Rechtsstreit über das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters in seiner Konkretisierung durch die Rahmenrichtlinie anhängig ist, im Rahmen ihrer Zuständigkeiten den rechtlichen Schutz, der sich für den Einzelnen aus dem Unionsrecht ergibt, sicherzustellen und die volle Wirksamkeit des Unionsrechts zu gewährleisten. Erforderlichenfalls seien die Gerichte verpflichtet, so der EuGH, jede dem Verbot der Altersdiskriminierung entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts unangewendet zu lassen.⁸⁴² Dabei seien die Gerichte, die eine in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fallende nationale Bestimmung mit dem Verbot der Altersdiskriminierung für unvereinbar hielten, nicht verpflichtet, den Gerichtshof um Vorabentscheidung zu ersuchen, bevor die Gerichte die Bestimmung des nationalen Rechts unangewendet ließen.⁸⁴³

Zur dogmatischen Begründung dieser Vorgaben stützt sich der EuGH nicht auf die Bestimmungen der Rahmenrichtlinie selbst und vermeidet dadurch

⁸⁴¹ Zwar binden Entscheidungen des EuGH im Vorabentscheidungsverfahren nur das vorliegende Gericht in dem jeweiligen, die Vorlage bedingenden Fall; faktisch werden aber auch andere Gerichte eine Entscheidung des EuGH in parallel gelagerten Fällen beachten, wollen sie nicht die Aufhebung ihrer Entscheidung in der nächsten Instanz riskieren, so zutreffend *Hailbronner*, NZA 2006, S. 811, (812).

⁸⁴² EuGH, Urteil vom 22. 11. 2005 (Mangold), NZA 2005, S. 1345, (1345 ff.); EuGH, Urteil vom 19. 1. 2010 (Küçükdeveci), BB 2010, S. 507, (507 ff.).

⁸⁴³ EuGH, Urteil vom 19. 1. 2010, a.a.O. (Fn. 842).

den Vorwurf einer Umgehung des Grundsatzes der horizontalen Drittwirkung von Richtlinien zwischen Privaten. Der EuGH bedient sich vielmehr eines erstmalig entwickelten, allgemeinen gemeinschaftsrechtlichen Verbots der Altersdiskriminierung. Dieses allgemeine gemeinschaftsrechtliche Verbot der Altersdiskriminierung stuft der EuGH als Teil des europäischen Primärrechts ein und misst ihm unabhängig von der Umsetzungsfrist der Rahmenrichtlinie und der fehlenden horizontalen Drittwirkung von Richtlinien Anwendungsvorrang vor entgegenstehenden nationalen Bestimmungen bei.⁸⁴⁴

Insbesondere die Ausführungen des EuGH in der Rechtssache Mangold lassen darauf schließen, dass es der europäische Gerichtshof nicht dabei belassen wird, dieses primärrechtliche allgemeine Diskriminierungsverbot nur in Bezug auf das Merkmal Alter anzuerkennen. Es ist davon auszugehen, dass der EuGH bei einer entsprechenden Vorlagefrage durch nationale Gerichte auch die übrigen, von der Rahmenrichtlinie erfassten verpönten Merkmale dem Anwendungsbereich dieses Rechtsinstitutes zuordnen wird.⁸⁴⁵ So bezieht der EuGH, wenn er von dem primärrechtlichen *grundsätzlichen Verbot dieser Formen der Diskriminierung* spricht, nicht nur das Diskriminierungsverbot wegen des Alters mit ein, sondern sämtliche von der Rahmenrichtlinie erfassten Merkmale.⁸⁴⁶ Zudem leitet der EuGH das primärrechtliche Verbot der Diskriminierung wegen des Alters aus dem Grundsatz der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf ab, welcher wiederum seine Wurzel im *allgemeinen Grundsatz der Gleichbehandlung* hat.⁸⁴⁷ Aus diesem allgemeinen Grundsatz der Gleichbehandlung ließe sich aber auch für die übrigen, von der Rahmenrichtlinie geschützten Merkmale ein primärrechtliches Diskriminierungsverbot ableiten.

Ob die Begründung des EuGH zur Herleitung des allgemeinen, gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsverbotes dogmatisch überzeugen kann, muss hier dahinstehen.⁸⁴⁸ Dies betrifft tiefgreifende Fragen des Europa-

⁸⁴⁴ EuGH, Urteil vom 19. 1. 2010, a.a.O. (Fn. 842); eingehend zur Einordnung der Rechtssache Mangold in die Rechtsprechung des EuGH *Horn*, Arbeitsrechtlicher Kündigungsschutz und Europarecht, S. 174 ff.; *Mohr*, SAE 2007, S. 16, (16 ff.).

⁸⁴⁵ So auch *Horn*, Arbeitsrechtlicher Kündigungsschutz und Europarecht, S. 187 ff.

⁸⁴⁶ Vgl. EuGH, Urteil vom 22. 11. 2005 (Mangold), NZA 2005, S. 1345, (1348).

⁸⁴⁷ *Preis*, NZA 2006, S. 401, (402).

⁸⁴⁸ Kritisch hierzu: *Bauer/Krieger*, NZA 2007, S. 674, (675); *Giesen*, SAE 2006, S. 45, (49); *Hailbronner*, NZA 2006, S. 811, (813 ff.); *Herdegen*, Europarecht, § 9, Rn. 50; *Preis*, NZA 2006, S. 401, (404 ff.); *Thüsing*, ZIP 2005, S. 2149, (2149 ff.).

rechts,⁸⁴⁹ deren Beantwortung nicht Gegenstand der vorliegenden Arbeit sein kann.

Sollte der EuGH, wie dies zu erwarten ist, auch in Bezug auf die übrigen von der Rahmenrichtlinie erfassten Merkmale, also auch in Bezug auf das Merkmal der Behinderung, an der Rechtsfigur des allgemeinen gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsverbotes festhalten, würde dies dazu führen, dass § 2 Abs. 4 AGG wegen des Vorrangs dieses allgemeinen Diskriminierungsverbotes von den nationalen Gerichten außer Anwendung gelassen werden müsste.

Zwar knüpft § 2 Abs. 4 AGG nicht unmittelbar an eines der verpönten Merkmale an, diskriminiert also nicht unmittelbar wegen eines der von der Rahmenrichtlinie geschützten Merkmale.⁸⁵⁰ § 2 Abs. 4 AGG begründet aber, wie im Rahmen dieser Arbeit aufgezeigt, mittelbar ein Schutzdefizit zugunsten bestimmter Merkmalsträger im Bereich von Kündigungen. Wie die Anwendung der in den Entscheidungen Mangold und Küçükdeveci zu bewertenden Regelungen des § 14 Abs. 3 Satz 2 TzBfG und des § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB führt damit auch die Anwendung des § 2 Abs. 4 AGG in seinen praktischen Ergebnissen zu einem Widerspruch zu dem von der Rahmenrichtlinie gebotenen umfassenden Diskriminierungsschutz, welcher das primärrechtliche, allgemeine Verbot der Diskriminierung konkretisiert.⁸⁵¹

d. Ergebnis

Die Anerkennung eines Anwendungsverbotes des § 2 Abs. 4 AGG in Bezug auf versteckt diskriminierende Kündigungen hat folgende Konsequenz: Kündigungen, die nach bisheriger Rechtslage wegen sachlicher Kündigungsgründe ungeachtet einer diskriminierenden Motivlage des Arbeitge-

⁸⁴⁹ Preis, a.a.O. (Fn. 848), S. 401, (402).

⁸⁵⁰ So auch *Roloff*, der hieraus jedoch unzutreffend ableitet, dass dies nicht zur Unanwendbarkeit der Norm im Sinne der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Mangold führen kann, vgl. Beck OK/*Roloff*, § 2 AGG, Rn. 25; auch *Horn* meint mit denselben Erwägungen, § 2 Abs. 4 AGG sei vom Nichtanwendungsbefehl des EuGH nicht erfasst, vgl. *Horn*, Arbeitsrechtlicher Kündigungsschutz und Europarecht, S. 188 ff.; a.A.: wie hier dagegen *Sagan*, NZA 2006, S. 1257, (1259).

⁸⁵¹ Wie hier im Ergebnis auch *Däubler/Bertzbach/Däubler*, AGG, § 2, Rn. 256 ff.; a.A. *Kamanabrou*, die unzutreffend davon ausgeht, dass durch den Verweis in § 2 Abs. 4 AGG auf das bestehende Kündigungsschutzrecht ein Verstoß nicht gegeben sein kann, da das bestehende Kündigungsschutzrecht keine Schutzdefizite bei diskriminierenden Kündigungen aufweise, vgl. *Kamanabrou*, RdA 2007, S. 199, (205).

bers als wirksam anzusehen waren, können unter Anwendung der Benachteiligungsverbote des AGG in einem Kündigungsschutzverfahren für nichtig erklärt werden. Darüberhinaus können Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche des durch die Kündigung benachteiligten Arbeitnehmers entstehen.⁸⁵²

Diese Fallgestaltungen haben trotz der Schwierigkeiten beim Nachweis subjektiver, diskriminierender Vorstellungen wegen der Beweiserleichterung nach § 22 AGG auch praktische Relevanz. Denn nach § 22 AGG reicht es aus, dass der von der Kündigung betroffene Arbeitnehmer Indizien beweist, die eine Benachteiligung wegen der im AGG geschützten Merkmale vermuten lassen. Von Bedeutung wird diese Beweiserleichterung nach § 22 AGG bei der Kündigung schwerbehinderter Arbeitnehmer, vor deren Ausspruch der Arbeitgeber zu Unrecht die Vorgaben aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX bzw. aus § 84 SGB IX nicht beachtet hat. Die Missachtung der genannten Vorschriften begründet nach der hier vertretenen Ansicht eine Vermutung dahingehend, dass eine nachfolgend vom Arbeitgeber ausgesprochene Kündigung auf einer diskriminierenden Motivlage beruht, also auch wegen der Schwerbehinderung des gekündigten Arbeitnehmers erfolgt ist. Dies führt im Ergebnis über eine Außerachtlassung des § 2 Abs. 4 AGG zur Unwirksamkeit der damit als unzulässige Benachteiligung anzusehenden Kündigung und zwar ungeachtet des Vorliegens etwaiger objektiv gerechtfertigter Kündigungsgründe.

Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Arbeitgeber die Vermutung einer diskriminierenden Motivlage widerlegt. Dies kann über den Nachweis erfolgen, dass die Durchführung eines Präventionsverfahrens bzw. BEM entbehrlich oder von vornherein erfolglos gewesen wäre. Im Hinblick auf die Pflichten aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX kann der Arbeitgeber einwenden, dass eine Nutzung der von der Norm vorgegebenen Möglichkeiten – z.B. eine Anpassung des Arbeitsplatzes an die Behinderung des Arbeitnehmers – wegen unverhältnismäßiger Aufwendungen nicht möglich war.

⁸⁵² Zu den Rechtsfolgen einer diskriminierenden Kündigung auch *Sagan*, der die Sanktionsmechanismen des AGG im Wege richtlinienkonformer Auslegung dahingehend einschränken will, dass nur die Unwirksamkeitsfolge der Kündigung nach §§ 7 Abs. 1 AGG, 134 BGB zur Anwendung gelangt, nicht aber zusätzlich Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche nach § 15 AGG entstehen, vgl. *Sagan*, NZA 2006, S. 1257, (1257 ff.).

Auswirkungen hat die hier vertretene Rechtsauffassung insbesondere für Kündigungen gegenüber schwerbehinderten Arbeitnehmern, die innerhalb der ersten sechs Monate der Beschäftigung ausgesprochen werden bzw. die Arbeitnehmer betreffen, die in einem, dem Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes nicht unterfallenden Kleinbetrieb beschäftigt werden. In diesen Fällen kann letztlich die Nichtbeachtung der Pflichten aus §§ 81 Abs. 4, Abs. 5, 84 SGB IX über eine Anwendung der Benachteiligungsverbote des AGG zur Nichtigkeit von Kündigungen führen, die bisher nach den allgemeinen kündigungsschutzrechtlichen Bestimmungen als rechtswirksam anzusehen waren.⁸⁵³

IV. Ergebnis zur Einordnung einer Nichtbeachtung der Pflichten aus §§ 81 Abs. 4, Abs. 5, 84 SGB IX in das AGG

Beachtet der Arbeitgeber seine Pflichten aus §§ 81 Abs. 4, Abs. 5, 84 SGB IX zu Unrecht nicht, wirkt sich dies bei benachteiligenden Handlungen oder Unterlassungen im laufenden Arbeitsverhältnis bzw. bei Ausspruch einer Kündigung in zweierlei Hinsicht zum Nachteil des Arbeitgebers aus. Zum einen wird nach der hier vertretenen Ansicht auf der Tatbestandsebene einer Benachteiligung vermutet, dass die Benachteiligung wegen der Schwerbehinderung erfolgt ist und somit eine unzulässige Benachteiligung wegen der Behinderung vorliegt. Zum anderen ist dem Arbeitgeber der rechtfertigende Einwand nach § 8 Abs. 1 AGG verwehrt, der schwerbehinderte Arbeitnehmer habe mangels objektiver Eignung wesentliche und entscheidende berufliche Anforderungen nicht mehr erfüllen können.

Eine Rechtfertigung der Benachteiligung kommt hier nur dann in Betracht, wenn auch die Beachtung der in §§ 81 Abs. 4, Abs. 5, 84 SGB IX normierten Pflichten nicht hätte bewirken können, dass der schwerbehinderte Arbeitnehmer den an ihn gestellten Anforderungen gerecht werden würde. Ferner kann der Arbeitgeber den Vorwurf der unzulässigen Benachteiligung des Arbeitnehmers durch den Nachweis entkräften, dass die Beachtung der Pflichten aus §§ 81 Abs. 4,

⁸⁵³ Dies ergibt sich daraus, dass außerhalb des Anwendungsbereichs des Kündigungsschutzgesetzes, also im Kleinbetrieb und in den ersten sechs Monaten der Beschäftigung, nach überwiegender Ansicht in Rechtsprechung und Literatur der allgemeine Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht anwendbar ist und die Nichtbeachtung der Vorgaben der §§ 81 Abs. 4, 5, 84 SGB IX damit in der Regel bisher nicht zur Unwirksamkeit einer arbeitgeberseitigen Kündigung führte.

Abs. 5, 84 SGB IX ausnahmsweise entbehrlich war und/oder er keine Kenntnis von der Schwerbehinderteneigenschaft des betroffenen Arbeitnehmers hatte.

Die dargestellten Rechtswirkungen der Benachteiligungsverbote des AGG haben Einfluss auf die Effektivität der kündigungspräventiven Vorschriften aus dem SGB IX, soweit man davon ausgeht, dass Arbeitgeber ihren Pflichten umso eher nachkommen, je empfindlicher die Folgen ihrer Nichtbeachtung sind. Um sich nicht unnötig dem Vorwurf einer Diskriminierung Schwerbehinderter bzw. damit verbundener Entschädigungsforderungen ausgesetzt zu sehen und die Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung oder sonstigen Handlung oder Unterlassung zu riskieren, werden Arbeitgeber eher ihren Pflichten aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX bzw. § 84 SGB IX nachkommen. Dies erhöht auch die Wahrscheinlichkeit, dass Kündigungen schwerbehinderter Arbeitnehmer durch die Beachtung der Vorgaben aus dem SGB IX vermieden werden können. Den Benachteiligungsverboten des AGG kann damit unter Außerachtlassung der Bereichsausnahme des § 2 Abs. 4 AGG im Ergebnis eine positive Wirkung auf die Effektivität der kündigungspräventiven Vorschriften aus dem SGB IX zugesprochen werden.

C. Gesamtergebnis zu dem Einfluss der Benachteiligungsverbote des AGG auf die Effektivität der §§ 81 Abs. 4, Abs. 5, 84 SGB IX

Im vierten Teil der Arbeit sollte herausgearbeitet werden, ob die Benachteiligungsverbote des AGG Einfluss auf die Effektivität der §§ 81 Abs. 4, Abs. 5, 84 SGB IX haben und damit die praktische Wirksamkeit des darin normierten, präventiven Kündigungsschutzes zugunsten Schwerbehinderter stärken können. Zu diesem Zweck galt es zu untersuchen, ob eine Nichtbeachtung der Vorschriften des SGB IX zu einem Eingreifen der Benachteiligungsverbote und der daran anknüpfenden Sanktionsmechanismen des AGG führen kann.

Ausgehend hiervon konnte im vierten Teil der Arbeit herausgearbeitet werden, dass es nach den Vorgaben der Rahmenrichtlinie und nach dem deutschen AGG keine Form der unzulässigen Benachteiligung eines Schwerbehinderten darstellt, wenn der Arbeitgeber zu Unrecht die nach § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX erforderlichen Vorkehrungen bzw. die in § 84 SGB IX normierten Verfahren ungenutzt lässt. Gleichwohl hat sich gezeigt, dass die Nichtbeachtung dieser Vorschriften dazu führen kann, dass ein sich anschließendes, benachteiligendes Verhalten des Arbeitgebers als unzulässige Benachteiligung im Sinne des AGG eingestuft wird.

Die Nichtbeachtung der §§ 81 Abs. 4, Abs. 5, 84 SGB IX begründet nach der hier vertretenen Ansicht eine Vermutung im Sinne des § 22 AGG dahingehend, dass eine sich anschließende, ungünstigere Behandlung des schwerbehinderten Arbeitnehmers wegen der Behinderung erfolgt ist und damit als unzulässige Benachteiligung im Sinne des § 3 AGG einzustufen ist. Etwas anderes kann nur gelten, wenn der Arbeitgeber nachweist, dass die Durchführung der in § 84 SGB IX normierten Verfahren entbehrlich war bzw. die Pflichten nach § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX etwa wegen unverhältnismäßiger Aufwendungen nicht befolgt werden konnten oder eine Beachtung der Vorschriften von vornherein ohne Erfolg geblieben wäre.

Die beweisrechtliche Vermutung, die eine Nichtbeachtung der Vorschriften aus dem SGB IX nach sich zieht, kann sowohl bei benachteiligenden Handlungen oder Unterlassungen im laufenden Arbeitsverhältnis als auch bei Ausspruch einer Kündigung dazu führen, dass sich der Arbeitgeber den Sanktionen des AGG ausgesetzt sieht.

Eine besondere praktische Relevanz konnte hier für Kündigungen festgestellt werden, die nicht dem Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes unterfallen. Das sind Kündigungen, die im Kleinbetrieb bzw. in den ersten sechs Monaten der Beschäftigung ausgesprochen werden. Die beweisrechtliche Vermutung, die sich an die Nichtbeachtung der Pflichten aus §§ 81 Abs. 4, Abs. 5, 84 SGB IX knüpft, begründet hier die Annahme einer versteckt diskriminierenden Kündigung. Diese ist nach Maßgabe des AGG als unwirksam anzusehen, selbst wenn der Arbeitgeber sich auf objektiv gerechtfertigte Kündigungsgründe berufen kann.

Die Benachteiligungsverbote des AGG bewirken damit im Kleinbetrieb und innerhalb der ersten sechs Monate der Beschäftigung einen zusätzlichen Kündigungsschutz. Denn nach bisheriger Rechtslage war letztlich die objektive Rechtfertigung der Kündigung maßgeblich. Die diskriminierende Motivlage des Arbeitgebers blieb bei der Beurteilung der Wirksamkeit der Kündigung dagegen unberücksichtigt, ebenso wie – mangels Anwendbarkeit des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes – die Nichtbeachtung der Pflichten aus §§ 81 Abs. 4, Abs. 5, 84 SGB IX.

Die Bereichsausnahme des § 2 Abs. 4 AGG, die Kündigungen an sich vom Anwendungsbereich des AGG ausnimmt, steht dem festgestellten Ergebnis nicht entgegen. Zwar ist – entgegen der Ansicht des BAG – eine richtlinienkonforme Auslegung der Norm dahingehend, die Benachteiligungsverbote des AGG auch oder zumindest teilweise bei Kündigungen anzuwenden, unter Berücksichtigung des gesetzgeberischen Willens und des ausdrücklichen Wortlauts der Norm ausgeschlossen. Die Bereichsausnahme ist jedoch nach der hier vertretenen Ansicht als europarechtswidrig anzusehen, da sie über den Anwendungsausschluss des AGG bei Kündigungen eine Schutzlücke im Bereich versteckt diskriminierender Kündigungen erzeugt. Diese Schutzlücke kann auch unter Berücksichtigung der Methode der richtlinienkonformen Auslegung durch die bestehenden kündigungsschutzrechtlichen Bestimmungen nicht ausgeglichen werden.

Die Europarechtswidrigkeit des § 2 Abs. 4 AGG führt letztlich dazu, folgt man der Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache Mangold und Küçükdeveci, dass § 2 Abs. 4 AGG von den Gerichten außer Anwendung gelassen und eine Kündigung daher am Maßstab des AGG gemessen und für unwirksam erklärt werden kann.

Durch die dargestellten Auswirkungen, die eine Nichtbeachtung der in §§ 81, 84 SGB IX normierten Pflichten im Bereich des AGG haben kann,

stärken die Benachteiligungsverbote des AGG die Effektivität der auf Kündigungsprävention ausgerichteten Vorschriften des SGB IX. Denn unter Berücksichtigung der der Arbeit zugrundeliegenden These ist davon auszugehen, dass sich Arbeitgeber nicht leichtfertig einem Diskriminierungsvorwurf werden aussetzen wollen und daher vor Ausspruch einer Kündigung bzw. vor sonstigen den schwerbehinderten Arbeitnehmer möglicherweise benachteiligenden Handlungen oder Unterlassungen die Möglichkeiten nach § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX prüfen und die Verfahren nach § 84 SGB IX nutzen. Dies erhöht die Wahrscheinlichkeit, dass die Vorschriften der §§ 81, 84 SGB IX sogar im Kleinbetrieb und innerhalb der ersten sechs Monate der Beschäftigung zum Erhalt von Arbeitsplätzen Schwerbehinderter führen können. Die Benachteiligungsverbote des AGG können damit bei Außerachtlassen des § 2 Abs. 4 AGG einen positiven Einfluss auf die praktische Wirksamkeit der §§ 81 Abs. 4, Abs. 5, 84 SGB IX haben.

Fünfter Teil: Zusammenfassung der Ergebnisse und Vorschlag für eine Stärkung der Effektivität der §§ 81 Abs. 4, Abs. 5, 84 SGB IX

A. Zusammenfassung der Ergebnisse

Der Gedanke der Kündigungsprävention durchzieht das gesamte Kündigungsschutzrecht zugunsten schwerbehinderter Arbeitnehmer. Dabei werden unter Kündigungsschutzrecht im Rahmen dieser Arbeit alle Regelungen verstanden, die mittelbar oder unmittelbar darauf ausgerichtet sind, den Ausspruch arbeitgeberseitiger Kündigungen zu verhindern und den schwerbehinderten Arbeitnehmern eine möglichst dauerhafte Fortsetzung ihres Arbeitsverhältnisses zu ermöglichen.

Der so verstandene präventive Kündigungsschutz setzt für schwerbehinderte Arbeitnehmer mit den als Primärprävention bezeichneten Pflichten des Arbeitgebers zu einer behinderten- und fähigkeitsgerechten Beschäftigung aus § 81 Abs. 4 und Abs. 5 SGB IX bereits im noch ungestörten Arbeitsverhältnis ein. Ziel der primärpräventiven, in § 81 Abs. 4 und Abs. 5 SGB IX geregelten Pflichten ist es, im Sinne einer präventiven Risikominimierung dem Entstehen kündigungsrelevanter Schwierigkeiten, wie behinderungsbedingten Fehlzeiten oder Leistungsminderungen, die ihre Ursache im Arbeitsprozess haben, schon im Ansatz entgegen zu wirken.

Wenn derartige Schwierigkeiten, die den Bestand des Arbeitsverhältnisses gefährden können, eingetreten sind, setzt sich der präventive Kündigungsschutz fort und wird intensiviert. In diesem als sekundärpräventiv bezeichneten Bereich greifen nicht nur die Pflichten zur behinderten- und fähigkeitsgerechten Beschäftigung aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX erneut ein, sondern auch die besonderen Verfahren nach § 84 SGB IX. Schließlich gibt es mit den betriebsinternen, dem Ausspruch einer Kündigung unmittelbar vorzuschaltenden Anhörungsverfahren des Betriebsrates und der Schwerbehindertenvertretung nach § 102 BetrVG und § 95 Abs. 2 SGB IX sowie mit dem Zustimmungsverfahren vor dem Integrationsamt nach § 85 SGB IX auch dann noch einen kündigungspräventiven Schutz zugunsten Schwerbehinderter, wenn der Arbeitgeber bereits den Entschluss zur Kündigung gefasst hat (sogenannte Tertiärprävention).

Gegenstand dieser Arbeit war es herauszuarbeiten, auf welche Weise und wie effektiv die primär- und sekundärpräventiven Regelungen der

§§ 81 Abs. 4, Abs. 5, 84 SGB IX den Ausspruch arbeitgeberseitiger Kündigungen wegen behinderungsbedingter Fehlzeiten oder Leistungsminde- rungen verhindern können, so dass bereits bestehende Arbeitsverhältnisse zugunsten dieser Arbeitnehmergruppe erhalten werden.

Zur Darstellung des gesetzlichen Konzepts, mit dem die kündigungsprä- ventive Wirkung der §§ 81 Abs. 4, Abs. 5, 84 SGB IX erreicht werden soll, sowie des Umfangs, in dem diese Wirkung erzeugt werden soll, richtete sich die Untersuchung in einem ersten Schritt auf den Gegenstand und den Anwendungsbereich der genannten Vorschriften.

Die Bewertung der Effektivität der Vorschriften im Hinblick auf die ange- strebte Kündigungsprävention erfolgte in einem zweiten Schritt, mangels Vorliegens empirischer Erkenntnisse, anhand einer umfassenden Rechts- folgenbetrachtung. Diese Rechtsfolgenbetrachtung richtete sich zum einen auf die Durchsetzungsmöglichkeiten der arbeitgeberseitigen Pflichten aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX und § 84 SGB IX, zum anderen auf die Rechtsfolgen, die eine Nichtbeachtung der Vorschriften auf das Kündi- gungsrecht des Arbeitgebers haben kann. Einbezogen in diese Rechtsfol- genbetrachtung wurde abschließend, welche Auswirkungen die Vorschrif- ten des AGG auf die Effektivität der §§ 81, 84 SGB IX haben.

I. Die Effektivität des präventiven Kündigungsschutzes nach § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX

Die Effektivität des § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX im Hinblick auf die angestrebte Kündigungsprävention hängt maßgeblich davon ab, dass Arbeitgeber sich trotz der besonderen Kostenbelastung und dem organisatorischen Aufwand an die Vorgaben der Norm halten. In Betrieben, in denen ein Betriebsrat existiert, ist dies eher gewährleistet als in Betrieben, in denen es nur eine Schwerbehindertenvertretung oder keine betriebliche Interessenvertretung gibt.

Zwar hat der Betriebsrat (ebenso wenig wie die Schwerbehinderten- vertretung) keinen kollektivrechtlichen Durchführungsanspruch bezüglich der in § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX normierten Pflichten. Der Betriebsrat kann aber über seine Mitbestimmungsrechte nach § 87 BetrVG auch ohne Mitwirkung des Arbeitgebers im Betrieb den Abschluss einer Betriebsvereinbarung über die Pflichten aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX durchsetzen. Auf deren Grundlage kann der Betriebsrat den Arbeitgeber nicht zur Durchführung bestimmter Einzelmaßnahmen verpflichten, wohl

aber den notwendigen organisatorischen Rahmen für die Gewährleistung einer behinderten- und fähigkeitsgerechten Beschäftigung schwerbehinderter Arbeitnehmer im Sinne des § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX durchsetzen.

Gibt es im Betrieb lediglich eine Schwerbehindertenvertretung, besteht ein Durchsetzungsdefizit im Hinblick auf die Pflichten zur behinderten- und fähigkeitsgerechten Beschäftigung. Dies ergibt sich daraus, dass der Abschluss einer Integrationsvereinbarung als einziges kollektivrechtliches Regelungsinstrument der Schwerbehindertenvertretung nicht gegen den Willen des Arbeitgebers im Betrieb durchgesetzt werden kann. Gibt es in einem Betrieb schließlich weder Betriebsrat noch Schwerbehindertenvertretung, obliegt es allein dem betroffenen schwerbehinderten Arbeitnehmer, seine behinderten- und fähigkeitsgerechte Beschäftigung durchzusetzen. Dies minimiert die Effektivität des § 81 SGB IX im Hinblick auf die angestrebte Kündigungsprävention. Dem schwerbehinderten Arbeitnehmer sind zwar nach der Konzeption des § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX verschiedene Durchsetzungsmöglichkeiten zur Seite gestellt. In der Praxis muss aber davon ausgegangen werden, dass Arbeitnehmer, jedenfalls im (noch) ungestörten Arbeitsverhältnis, von diesen Möglichkeiten kaum Gebrauch machen, um das Vertrauensverhältnis zum Arbeitgeber nicht zu belasten und kündigungsrechtliche Konsequenzen zu vermeiden.

Dieses Durchsetzungsdefizit im noch ungestörten Arbeitsverhältnis findet einen Ausgleich darin, dass die Pflicht zur behinderten- und fähigkeitsgerechten Beschäftigung erneut relevant wird, wenn es zum Eintritt kündigungsrelevanter Schwierigkeiten kommt und der Arbeitgeber den Ausspruch einer Kündigung erwägt. Hier führen die Pflichten aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX unter Anwendung des allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu einer spürbaren Einschränkung des arbeitgeberseitigen Kündigungsrechts. Kommt es zu kündigungsrelevanten Schwierigkeiten eines schwerbehinderten Arbeitnehmers, ist dem Arbeitgeber in rechtlicher Hinsicht wegen des allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes der umgehende Ausspruch einer Kündigung verwehrt. Durch die in § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX normierten Pflichten zur behinderten- und fähigkeitsgerechten Beschäftigung in Verbindung mit dem für Kündigungen geltenden ultima ratio-Grundsatz werden an den Arbeitgeber besondere Anforderungen gestellt, um eine Weiter-

beschäftigung des schwerbehinderten Arbeitnehmers zu ermöglichen und den Ausspruch der Kündigung zu vermeiden. Genügen die Bemühungen des Arbeitgebers um den Erhalt des Arbeitsverhältnisses diesen Anforderungen nicht, ist die Kündigung als unverhältnismäßig und damit unwirksam anzusehen.

Das Risiko, bei Nichtbeachtung der in § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX normierten Pflichten in einem Kündigungsschutzverfahren zu unterliegen, erhöht die Wahrscheinlichkeit, dass Arbeitgeber diesen Pflichten zumindest nach Eintritt kündigungsrelevanter Schwierigkeiten nachkommen. Dies erhöht zugleich die Wahrscheinlichkeit, dass Arbeitgeber von einem Kündigungsentschluss wieder Abstand nehmen und damit Arbeitsverhältnisse zugunsten schwerbehinderter Arbeitnehmer erhalten werden.

Durch die dargestellte einschränkende Wirkung, die eine Nichtbeachtung der Pflichten aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX auf das Kündigungsrecht des Arbeitgebers haben kann, kann § 81 SGB IX jedenfalls bei solchen Kündigungen, deren Wirksamkeit am Maßstab der Verhältnismäßigkeit zu messen ist, in effektiver Weise zum Erhalt von Arbeitsplätzen schwerbehinderter Arbeitnehmer beitragen.

Eingeschränkt ist die Effektivität der durch § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX vermittelten Kündigungsprävention allerdings bei solchen Kündigungen, bei denen das Kündigungsschutzgesetz bzw. § 626 BGB und damit das allgemeine Verhältnismäßigkeitsprinzip nicht anwendbar ist. Dies sind ordentliche Kündigungen im Kleinbetrieb und in den ersten sechs Monaten der Beschäftigung. Hier bleibt die Nichtbeachtung der Vorgaben zur behinderten- und fähigkeitsgerechten Beschäftigung aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX vor Ausspruch einer Kündigung grundsätzlich ohne Sanktion und der Arbeitgeber frei darin, seine getroffene Kündigungsentscheidung auch ohne Beachtung der Pflichten aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX umzusetzen. Dies gilt jedenfalls, wenn und soweit der Arbeitgeber seine Pflichten aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX nicht vorsätzlich missachtet und nicht billigend in Kauf nimmt, dass es zu einer arbeitsbedingten Beeinträchtigung der Leistungsfähigkeit des schwerbehinderten Arbeitnehmers kommen kann.

Allerdings können bei Kündigungen, die nicht am Maßstab der Verhältnismäßigkeit zu messen sind, die Benachteiligungsverbote des AGG zu einer Einschränkung des arbeitgeberseitigen Kündigungsrechts

führen.⁸⁵⁴ Soweit es mit Blick auf die Entscheidungen des EuGH in der Rechtssache Mangold und Küçükdeveci zu einer Außerachtlassung des § 2 Abs. 4 AGG bei Kündigungen und damit zu einer Anwendung der Benachteiligungsverbote des AGG durch die Gerichte kommt, dürfte auch dies einen positiven Einfluss auf die Effektivität der Vorgaben aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX haben.

II. Die Effektivität des präventiven Kündigungsschutzes nach § 84 SGB IX

Die dem Bereich der Sekundärprävention zuzuordnenden Verfahren nach § 84 SGB IX sollen den präventiven Schutz schwerbehinderter Arbeitnehmer vor dem Verlust des Arbeitsplatzes durch Kündigung intensivieren, wenn es im laufenden Arbeitsverhältnis zu Fehlzeiten oder Leistungseinschränkungen kommt, die den Bestand des Arbeitsverhältnisses gefährden können.

Gelingen soll dieser verstärkte, präventive Kündigungsschutz zum einen dadurch, dass der Arbeitgeber mit den Verfahren nach § 84 SGB IX zu einer sehr frühzeitigen Intervention verpflichtet wird. Dies soll verhindern, dass sich die Schwierigkeiten eines schwerbehinderten Arbeitnehmers zu einem Kündigungsgrund manifestieren.

Zum anderen soll der angestrebte präventive Kündigungsschutz durch eine dem Arbeitgeber vorgegebene *integrierende Sichtweise* gelingen. Der Arbeitgeber ist nach der Konzeption des § 84 SGB IX verpflichtet, zur Überwindung der kündigungsrelevanten Schwierigkeiten nicht nur betriebsinterne Möglichkeiten zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses auszuschöpfen, sondern auch Leistungen des Sozialrechts einzubeziehen, die darauf ausgerichtet sind, die Erwerbsfähigkeit leistungsgewandelter Arbeitnehmer zu erhalten oder wiederherzustellen. Zusammen mit der Pflicht des Arbeitgebers zur möglichst frühzeitigen Intervention soll gewährleistet werden, dass mögliche Hilfen dieser Stellen nicht zu spät einsetzen und allein aus diesem Grund die Ausgliederung des leistungsgewandelten Arbeitnehmers nicht mehr aufgehalten werden kann.

Zur Beantwortung der Frage, wie effektiv Präventionsverfahren und BEM den Ausspruch arbeitgeberseitiger Kündigungen verhindern können, wurde mangels Vorliegens empirischer Erkenntnisse nicht auf die tatsächliche

⁸⁵⁴ Vgl. hierzu nachfolgend die Zusammenfassung unten, S. 309 ff.

Effektivität der Erörterungen eingegangen. Vielmehr wurde, wie schon im Zusammenhang mit § 81 SGB IX, von der Grundüberlegung ausgegangen, dass die Beachtung der Interventionspflichten aus § 84 SGB IX und damit der Eintritt der bezweckten kündigungspräventiven Wirkung umso eher gewährleistet ist, je empfindlicher die Folgen einer Nichtbeachtung für den Arbeitgeber sind. Ausgehend hiervon wurden die Folgen untersucht, die die Missachtung der Interventionspflichten für das Recht des Arbeitgebers haben kann, das Arbeitsverhältnis eines schwerbehinderten Arbeitnehmers wegen behinderungsbedingter Fehlzeiten oder Leistungsminderungen zu kündigen. Diese Untersuchung hat ergeben, dass die Nichtbeachtung des § 84 SGB IX einschränkende Auswirkungen auf das Kündigungsrecht des Arbeitgebers haben kann. Dies gilt, obwohl die Vorschrift keine formelle Wirksamkeitsvoraussetzung für eine Kündigung ist und die Nichtbeachtung nach dem Wortlaut der Norm keine unmittelbaren Sanktionen nach sich zieht.

Wegen des Gegenstandes und der Funktion von Präventionsverfahren und BEM begründet die Nichtbeachtung des § 84 SGB IX zunächst ein hohes Risiko für den Arbeitgeber, dass das Integrationsamt im Rahmen des Zustimmungsverfahrens nach § 85 SGB IX seine Zustimmung zur Kündigung nicht erteilt. Denn bei Nichtdurchführung eines Präventionsverfahrens bzw. eines BEM wird die Vermutung begründet, dass nicht alle Möglichkeiten zur Weiterbeschäftigung des schwerbehinderten Arbeitnehmers bedacht worden sind und damit die Kündigung nicht die unausweichlich letzte Möglichkeit gewesen ist, um den Störungen im Arbeitsverhältnis habhaft zu werden. Diese Vermutung ist aus einem den Interventionspflichten aus § 84 SGB IX selbst zugrunde liegenden Erfahrungssatz herzuleiten. Dieser besagt, dass der Arbeitgeber in der Regel nicht das notwendige Fachwissen hat, um alle behindertengerechten Einsatzmöglichkeiten eines schwerbehinderten Arbeitnehmers zutreffend prüfen zu können, sondern, dass dieses Fachwissen vielmehr nur bei dem zu konsultierenden Integrationsamt bzw. den gemeinsamen Servicestellen der Rehabilitationsleistungsträger vorhanden ist. Gelingt es dem Arbeitgeber daher nicht, das Integrationsamt im Verfahren nach § 85 SGB IX von der Aussichtslosigkeit bzw. der Entbehrlichkeit des Präventionsverfahrens bzw. des BEM zu überzeugen, wird das Integrationsamt regelmäßig den Antrag auf Zustimmung zur Kündigung negativ bescheiden. Dies hat nach § 85 SGB IX zur Folge, dass der Arbeitgeber seinen gefassten Kündigungsentschluss nicht wirksam umsetzen kann.

Ein ähnliches Risiko ergibt sich für den Arbeitgeber im Kündigungsschutzverfahren. Hier wird das Arbeitsgericht die Kündigung regelmäßig für unverhältnismäßig und damit unwirksam erklären, wenn kein Präventionsverfahren bzw. BEM vor Ausspruch der Kündigung durchgeführt wurde. Etwas anderes gilt nur dann, wenn es dem Arbeitgeber gelingt, das Gericht von der Aussichtslosigkeit oder Entbehrlichkeit des jeweiligen Verfahrens zu überzeugen. Dogmatisch lässt sich dies über den für Kündigungen geltenden allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz begründen, wonach die Kündigung das unausweichlich letzte Mittel, also *ultima ratio* sein muss. Zwar sind Präventionsverfahren und BEM selbst kein milderes, der Kündigung vorzuziehendes Mittel. Sollte das Gericht aber davon überzeugt sein, dass nicht ausgeschlossen werden kann, dass im Rahmen des Präventionsverfahrens bzw. BEM solche milderen Mittel hätten gefunden werden können, kommt hier der *ultima ratio*-Grundsatz zum Tragen.

Ferner kann die Nichtdurchführung eines Präventionsverfahrens bzw. eines BEM im Kündigungsschutzprozess erhebliche Beweisschwierigkeiten für den Arbeitgeber auslösen, die wiederum das Risiko eines Prozessverlustes erhöhen. So trifft den Arbeitgeber aufgrund seiner besonderen Erörterungspflicht nach § 84 SGB IX eine erhöhte Substantiierungslast hinsichtlich des Nichtbestehens von Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten. Hat der Arbeitgeber kein Präventionsverfahren bzw. BEM durchgeführt, wird es ihm schwer fallen, dieser Substantiierungslast überhaupt zu genügen. Der Hinweis, das Integrationsamt habe nach § 85 SGB IX der Kündigung zugestimmt, kann hier nur als ein Indiz für die Entbehrlichkeit bzw. Erfolglosigkeit von Präventionsverfahren bzw. BEM angeführt werden. Eine Beweislastumkehr zugunsten des Arbeitgebers oder gar ein Anscheinsbeweis wird hierdurch nicht begründet.

Zusätzlich führt die Nichtbeachtung der Präventionspflichten nach § 84 SGB IX im Vorfeld der Kündigung zu Beweiserleichterungen zugunsten des schwerbehinderten Arbeitnehmers. Danach obliegt es dem Arbeitnehmer im Kündigungsschutzverfahren nur noch, nach einem pauschalen Bestreiten des Arbeitgebers hinsichtlich bestehender Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten zu seiner verbliebenen Leistungsfähigkeit vorzutragen sowie zu den Beschäftigungsmöglichkeiten, die seiner Ansicht nach seiner Leistungsfähigkeit und Eignung entsprechen würden. Darüberhinaus genügt der Einwand, bei der Durchführung eines Präventionsverfahrens bzw. BEM hätten unter Berücksichtigung seiner dargelegten Fähigkeiten Wei-

terbeschäftigungsmöglichkeiten im Betrieb ermittelt werden können. Entbehrlich ist die Darlegung konkreter Umgestaltungsmaßnahmen oder der Vortrag zu einer besonderen Ausstattung seines Arbeitsplatzes mit bestimmten technischen Hilfsmitteln, welche die Kündigung hätten vermeiden können.

Schließlich begründet ein unterbliebenes Präventionsverfahrens bzw. BEM die indizielle Vermutung, dass vor Ausspruch der Kündigung nicht alle Möglichkeiten ausgeschöpft wurden, um das Arbeitsverhältnis zu erhalten. Kann der Arbeitgeber diese Vermutung nicht erschüttern, indem er die Entbehrlichkeit oder Aussichtslosigkeit des Verfahrens nachweist, erhöht das die Wahrscheinlichkeit, dass das Gericht die Kündigung nicht als *ultima ratio* und damit als unverhältnismäßig und unwirksam ansehen wird.

Die dargestellten Risiken, im Zustimmungsverfahren vor dem Integrationsamt bzw. im Kündigungsschutzverfahren zu unterliegen, erhöhen den Druck auf den Arbeitgeber, jedenfalls vor Ausspruch einer Kündigung die in § 84 SGB IX vorgesehenen Erörterungen vorzunehmen. Dies erhöht wiederum, aufgrund von Gegenstand und Funktion des Präventionsverfahrens bzw. des BEM, auch die Chancen, dass eine Kündigung vermieden und der Arbeitsplatz eines schwerbehinderten Arbeitnehmers erhalten werden kann.

§ 84 SGB IX kann damit durch die dargestellten mittelbaren Folgen im Falle einer Nichtbeachtung der Norm entsprechend der kündigungspräventiven Zielsetzung effektiv zum Schutz schwerbehinderter Arbeitnehmer vor dem Verlust des Arbeitsplatzes durch Kündigung beitragen.

Die Effektivität des durch Präventionsverfahren und BEM vermittelten präventiven Kündigungsschutzes, insbesondere die des Präventionsverfahrens, erfährt indes eine erhebliche Einschränkung dadurch, dass Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung auf der betrieblichen Ebene keine bzw. nur schwache Durchsetzungsmöglichkeiten im Hinblick auf die Durchführung der Verfahren haben. So kann die Durchführung eines Präventionsverfahrens von Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung nicht einseitig erzwungen werden, weil § 84 Abs. 1 SGB IX den betrieblichen Interessenvertretungen keinen kollektivrechtlichen Erörterungsanspruch gewährt.

In Bezug auf das BEM besteht zwar ein Erörterungsanspruch auf Grundlage des § 84 Abs. 2 Satz 6 SGB IX bzw. bei grober Missachtung der Interventionsverpflichtung ein Durchführungsanspruch auf Grundlage des § 23 Abs. 3 BetrVG. Diese Ansprüche können aber in einem wesentlichen

Anwendungsbereich der Norm, nämlich in der unmittelbaren Kündigungssituation, vom Arbeitgeber faktisch konterkariert werden, wenn er ungeachtet dieser Ansprüche seine Kündigungsentscheidung vollzieht und dadurch vollendete Tatsachen schafft. Hier besteht für Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung weder die Möglichkeit, die vorübergehende Aussetzung der Kündigungsentscheidung bis zum Abschluss eines BEM, noch die Rückgängigmachung der bereits erfolgten Kündigung zu verlangen.

Die betrieblichen Interessenvertretungen haben zudem weder über das Instrument der Betriebsvereinbarung noch über das spezifische Instrument der Integrationsvereinbarung eine Möglichkeit, die Einhaltung der Präventionspflichten nach § 84 SGB IX durch den Arbeitgeber sicherzustellen, wenn der Arbeitgeber sich nicht bereit zeigt, betriebseinheitliche Vereinbarungen über das Präventionsverfahren bzw. BEM zu treffen. Es bestehen weder Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates nach § 87 BetrVG noch sonstige Wege, über die der Abschluss einer entsprechenden kollektiven Vereinbarung einseitig gegen den Willen des Arbeitgebers durchgesetzt werden könnte.

Diese Durchsetzungsdefizite auf der betrieblichen Ebene haben zur Folge, dass der Arbeitgeber erst dann wegen der Missachtung der Vorgaben aus § 84 SGB IX in der Umsetzung seiner Kündigungsentscheidung beeinträchtigt sein kann, wenn er die Zustimmung des Integrationsamtes zur Kündigung beantragt oder wenn der betroffene schwerbehinderte Arbeitnehmer Kündigungsschutzklage erhebt.

Dies begründet die Gefahr, dass die von § 84 SGB IX gerade intendierte, möglichst frühzeitige Intervention nicht erfolgt, sondern der Arbeitgeber erst nach Eintritt eines Kündigungsgrundes, unmittelbar vor Ausspruch der beabsichtigten Kündigung gleichermaßen pro forma ein Präventionsverfahren oder BEM durchführt, um sich nicht den Risiken einer Negativentscheidung des Integrationsamtes oder des Arbeitsgerichts auszusetzen. Diese Gefahr besteht vor allem im Bereich des Präventionsverfahrens, bei dem die betrieblichen Interessenvertreter noch nicht einmal einen Erörterungsanspruch haben, auf dessen Grundlage sie eine frühzeitige Intervention des Arbeitgebers durchsetzen können.

Damit droht ein wesentlicher Ansatz des Präventionsverfahrens in der Praxis ins Leere zu laufen. Rehabilitationsleistungen, deren Inanspruchnahme im Rahmen der Verfahren nach § 84 SGB IX möglichst frühzeitig geprüft

werden soll, weil eine spätere Inanspruchnahme eine Ausgliederung des leistungsgewandelten schwerbehinderten Arbeitnehmers möglicherweise nicht mehr aufhalten kann, wird damit die Grundlage für die Entfaltung ihrer Wirksamkeit entzogen.

In der Praxis wirkt sich die eingeschränkte Durchsetzungsmöglichkeit von Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung, insbesondere im Hinblick auf das Präventionsverfahren wiederum negativ in den ersten sechs Monaten der Beschäftigung sowie im Kleinbetrieb aus. In diesen Fallkonstellationen findet nach § 1 Abs. 2, 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG zusätzlich das Kündigungsschutzgesetz sowie der aus dem allgemeinen Verhältnismäßigkeitsprinzip abzuleitende ultima ratio-Grundsatz keine Anwendung.⁸⁵⁵ Da die Nichtbeachtung des § 84 SGB IX nur über die Anwendung des ultima ratio-Grundsatzes einen einschränkenden Einfluss auf das Kündigungsrecht des Arbeitgebers haben kann, führt dies im Ergebnis zu einem weitgehend uneingeschränkten Kündigungsrecht des Arbeitgebers bei Kündigungen innerhalb der ersten sechs Monate der Beschäftigung und im Kleinbetrieb.⁸⁵⁶

In den ersten sechs Monaten der Beschäftigung kommt hinzu, dass auch das Integrationsamt dem Arbeitgeber die Umsetzung seiner Kündigungsentscheidung wegen Missachtung der Vorgaben aus § 84 SGB IX nicht verwehren kann. Der Zustimmung des Integrationsamtes zur Kündigung bedarf es insoweit gemäß § 90 Abs. 1 Nr. 1 SGB IX in den ersten sechs Monaten der Beschäftigung nicht.

Für Arbeitgeber in Kleinbetrieben und während der ersten sechs Monate der Beschäftigung bleibt es somit bei der Sanktionslosigkeit einer Nichtbeachtung des § 84 SGB IX. Die Effektivität des § 84 SGB IX im Hinblick auf die angestrebte Kündigungsprävention muss deshalb in diesen Fallkonstellationen als besonders gering angesehen werden. Allerdings kann es in diesem Bereich über eine Anwendung der Benachteiligungsverbote des AGG zu einer Einschränkung des arbeitgeberseitigen Kündigungsrechts

⁸⁵⁵ So die herrschende Meinung in Rechtsprechung und Literatur, vgl. BAG, Urteil vom 21. 2. 2001, EzA § 242 BGB 2002 Kündigung Nr. 2, S. 1, (6 ff., 8); BAG, Urteil vom 22. 5. 2003, AP Nr. 18 zu § 1 KSchG 1969, Wartezeit Nr. 18, Bl. 26, (31); BAG, Urteil vom 24.1.2008, NZA-RR 2008, S. 405 ff.; BAG, Urteil vom 28. 6. 2007, NZA 2007, S. 1049, (1052, 1053); Ascheid/Preis/Schmidt/Preis, KSchR, Grundlagen J, Rn. 57; *Mohr*, br 2008, S. 34, (50); *Stahlhacke/Preis/Vossen/Preis*, 1. Abschnitt, § 13, Rn. 317; v. *Hoyningen-Huene/Linck*, KSchG, § 1, Rn. 204.

⁸⁵⁶ So auch *Dau/Düwell/Haines/Düwell*, Sozialgesetzbuch IX, § 81, Rn. 34.

und damit umgekehrt zu einer Stärkung der Effektivität des § 84 SGB IX kommen, wie dies nachfolgend zusammenfassend dargestellt ist.

III. Der Einfluss der Benachteiligungsverbote des AGG auf die Effektivität der §§ 81 Abs. 4, Abs. 5, 84 SGB IX

Im vierten Teil der Arbeit wurde untersucht, ob und auf welche Weise die Benachteiligungsverbote des AGG Einfluss auf die Effektivität der §§ 81 Abs. 4, Abs. 5, 84 SGB IX im Hinblick auf das Ziel der Kündigungsprävention haben. Die Bearbeitung konzentrierte sich auf die Untersuchung der Rechtsfolgen, welche die Nichtbeachtung der Vorschriften des SGB IX nach Maßgabe des AGG haben kann. Vor diesem Hintergrund wurde in einem ersten Schritt untersucht, ob es sich bei der Nichtbeachtung der §§ 81 Abs. 4, Abs. 5, 84 SGB IX selbst um eine unzulässige Benachteiligung schwerbehinderter Arbeitnehmer im Sinne des AGG handelt. Hier hat sich gezeigt, dass sich die faktische Benachteiligung schwerbehinderter Arbeitnehmer, denen durch die Nichtbeachtung der Vorschriften aus dem SGB IX die Chance auf eine gleichberechtigte Teilhabe am Arbeitsleben verwehrt werden kann, nicht den an formaler Gleichbehandlung ausgerichteten Benachteiligungsverboten des AGG zuordnen lässt. Auch eine richtlinienkonforme Auslegung führte zu keinem abweichenden Ergebnis, da die dem AGG zugrundeliegende Rahmenrichtlinie die Nichtvornahme angemessener Vorkehrungen im Sinne des Art. 5 ebenfalls nicht als Diskriminierung einstuft.

Gleichwohl konnte den Benachteiligungsverboten des AGG im Ergebnis ein positiver Einfluss auf die Effektivität der §§ 81 Abs. 4, Abs. 5, 84 SGB IX zugesprochen werden.

So begründet nach der hier vertretenen Ansicht die Nichtbeachtung der §§ 81 Abs. 4, Abs. 5, 84 SGB IX auf der Tatbestandsebene einer Benachteiligung die Vermutung, dass die Benachteiligung wegen der Schwerbehinderung erfolgt ist und somit eine unzulässige Diskriminierung wegen der Behinderung gegeben ist.

Zum anderen ist dem Arbeitgeber bei Missachtung der Vorgaben aus dem SGB IX der rechtfertigende Einwand nach § 8 Abs. 1 AGG verwehrt, der schwerbehinderte Arbeitnehmer habe mangels objektiver Eignung wesentliche und entscheidende berufliche Anforderungen nicht mehr erfüllen können und sei deswegen benachteiligt worden. Eine Rechtfertigung kommt hier nur dann in Betracht, wenn auch die Beachtung der in

§§ 81 Abs. 4, Abs. 5, 84 SGB IX normierten Pflichten nicht hätte bewirken können, dass der schwerbehinderte Arbeitnehmer den an ihn gestellten Anforderungen gerecht geworden wäre. Umgekehrt kann der Arbeitgeber den Vorwurf der unzulässigen Benachteiligung dadurch entkräften, dass er nachweist, dass die Beachtung der §§ 81 Abs. 4, Abs. 5, 84 SGB IX ausnahmsweise entbehrlich war, keinen Erfolg gehabt hätte und/oder ihm die Schwerbehinderung des betroffenen Arbeitnehmers nicht bekannt war.

Im Falle von Kündigungen vermitteln die Benachteiligungsverbote des AGG über die dargestellten Rechtsfolgen einer Nichtbeachtung der §§ 81 Abs. 4, Abs. 5, 84 SGB IX einen zusätzlichen Schutz vor dem Ausspruch sogenannter versteckt diskriminierender Kündigungen. Als versteckt diskriminierende Kündigungen werden nach der hier vertretenen Ansicht solche Kündigungen bezeichnet, die sich auf sachlich gerechtfertigte Kündigungsgründe stützen, tatsächlich aber auch oder maßgeblich aus einer diskriminierenden Motivlage des Arbeitgebers heraus erfolgen. Im Falle derartiger versteckt diskriminierender Kündigungen können die Benachteiligungsverbote des AGG zur Unwirksamkeit der Kündigung führen, indem, abweichend von den Maßstäben des Kündigungsschutzrechts, zur Beurteilung der Wirksamkeit der Kündigung die diskriminierende Motivlage des Arbeitgebers Berücksichtigung findet.

§ 2 Abs. 4 AGG, der das AGG für Kündigungen an sich für unanwendbar erklärt und auf die Vorschriften des Kündigungsschutzrechts verweist, steht dem, wie herausgearbeitet werden konnte, nicht entgegen. § 2 Abs. 4 AGG erweist sich in den Fällen versteckt diskriminierender Kündigungen nach der hier vertretenen Ansicht als europarechtswidrig und muss daher gemäß den Vorgaben des EuGH aus der Rechtssache Mangold und Kükükdeveci von den Gerichten außer Anwendung gelassen werden.

Aufgrund der in § 22 AGG normierten Beweiserleichterung zugunsten des benachteiligten Arbeitnehmers ist der durch die Benachteiligungsverbote des AGG vermittelte Schutz vor versteckt diskriminierenden Kündigungen auch in der Praxis als effektiv zu bewerten. Denn hiernach ist es ausreichend, dass der Arbeitnehmer nur ein Indiz nachweist, das für das Vorliegen einer diskriminierenden Motivlage des Arbeitgebers spricht. In diesem Zusammenhang konnte herausgearbeitet werden, dass insbesondere ein Außerachtlassen der nach §§ 81 Abs. 4, Abs. 5, 84 SGB IX erforderlichen Vorkehrungen eine Vermutung für das Vorliegen einer diskriminierenden Motivlage des Arbeitgebers bei der Kündigung begründet.

Durch diese beweisrechtliche Auswirkung trägt das AGG zu einer stärkeren Effektivität der genannten Vorschriften im Hinblick auf die angestrebte Kündigungsprävention bei.

Denn es ist davon auszugehen, dass Arbeitgeber zumindest unmittelbar vor Ausspruch einer Kündigung die Möglichkeiten nach § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX prüfen sowie die nach § 84 SGB IX vorgesehenen Verfahren durchführen, um sich nicht einem Diskriminierungsvorwurf auszusetzen. Dies macht es wiederum wahrscheinlicher, dass im Rahmen der präventiven Verfahren, unter Beachtung der in § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX normierten Pflichten, Kündigungen vermieden und Arbeitsverhältnisse zugunsten schwerbehinderter Arbeitnehmer erhalten werden, auch wenn die Nichtbeachtung der §§ 81, 84 SGB IX selbst keine Form der unzulässigen Benachteiligung schwerbehinderter Arbeitnehmer im Sinne des AGG darstellt.

Insbesondere in den ersten sechs Monaten der Beschäftigung und im Kleinbetrieb kann damit die Effektivität der §§ 81, 84 SGB IX über eine Anwendung der Benachteiligungsverbote des AGG gestärkt werden. Hatte bisher die Nichtbeachtung der Vorschriften in diesem Bereich keinen Einfluss auf die Wirksamkeit einer Kündigung, kann die Anwendung der Benachteiligungsverbote zur Unwirksamkeit der Kündigung führen. Sollten sich die Arbeitsgerichte der hier vertretenen Ansicht anschließen und die Benachteiligungsverbote des AGG bei Kündigungen anwenden, ist davon auszugehen, dass Arbeitgeber auch im Kleinbetrieb und den ersten sechs Monaten der Beschäftigung die Vorgaben der §§ 81, 84 SGB IX zur Kündigungsprävention eher beachten.

B. Schlussbetrachtung: Vorschlag für eine Stärkung der kündigungspräventiven Vorschriften

Als maßgeblich für eine erfolgreiche Prävention arbeitgeberseitiger Kündigungen haben sich insbesondere die Verfahren nach § 84 SGB IX herausgestellt. Sie bilden den passenden Rahmen für den Arbeitgeber, die Möglichkeiten für eine behinderten- und fähigkeitsgerechte Beschäftigung aus § 81 Abs. 4 und Abs. 5 SGB IX zu prüfen. Zudem ermöglichen sie eine die Leistungen des sozialen Rehabilitationsrechts *integrierende Sichtweise* des Arbeitgebers. Mit der obligatorischen Einschaltung des Integrationsamtes bzw. der gemeinsamen Servicestelle der Rehabilitationsleistungsträger wird der Arbeitgeber in die Lage versetzt, nicht nur die betrieblichen Möglichkeiten in seine Erwägungen über die Weiterbeschäftigung des Schwerbehinderten einzubeziehen, sondern auch mögliche Hilfestellungen des Sozialrechts zu berücksichtigen.

Anders als die tertiärpräventiven Verfahren des Kündigungsschutzrechts nach § 102 BetrVG bzw. § 85 SGB IX gewährleisten die zur möglichst frühzeitigen Intervention verpflichtenden Präventionsverfahren nach § 84 SGB IX zudem, dass mögliche Hilfestellungen nicht zu spät kommen, also nicht erst nach Eintritt von Kündigungsgründen erörtert werden, und allein aufgrund dieser zeitlichen Komponente ein Ausscheiden des schwerbehinderten Arbeitnehmers aus dem Arbeitsverhältnis nicht mehr verhindert werden kann.

Allerdings haben die Untersuchungen im Rahmen dieser Arbeit gezeigt, dass insbesondere die Effektivität des Präventionsverfahrens nach § 84 Abs. 1 SGB IX in der betrieblichen Praxis, entgegen der gesetzlichen Konzeption, eine wesentliche Einschränkung erfährt. Begründet wird dies dadurch, dass in den Fällen, in denen die Schwierigkeiten eines schwerbehinderten Arbeitnehmers noch keinen Kündigungsgrund bilden, gleichwohl aber ein Präventionsverfahren erforderlich machen, Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung keine Möglichkeit haben, die Durchführung des Präventionsverfahrens zugunsten eines betroffenen Schwerbehinderten zu erzwingen.

Anders als im Rahmen des BEM steht Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung in Bezug auf das Präventionsverfahren kein kollektivrechtlicher Erörterungs- oder Durchführungsanspruch zu, selbst nicht bei grober Missachtung der Interventionspflicht durch den Arbeitgeber. Auch können Be-

etriebsrat und Schwerbehindertenvertretung, mangels Bestehen eines Mitbestimmungsrechts bzw. eines Anspruchs auf Abschluss einer Integrations- bzw. Betriebsvereinbarung einseitig keine einheitlichen Regelungen über das Präventionsverfahren im Betrieb durchsetzen, auf deren Grundlage zumindest die Durchsetzung des organisatorischen Rahmens für die Einhaltung der Interventionspflichten des Arbeitgebers aus § 84 SGB IX gewährleistet wäre.

Die mittelbar mit der Nichtbeachtung des Verfahrens verbundenen Risiken, nämlich, dass das Integrationsamt seine Zustimmung zu einer nachfolgend ausgesprochenen Kündigung verweigert und/oder ein Arbeitsgericht die Kündigung für unwirksam erklärt, werden zudem erst relevant, wenn der Arbeitgeber dem schwerbehinderten Arbeitnehmer kündigen will. Im Vorfeld einer Kündigungssituation, in dem das Präventionsverfahren gerade auch schon genutzt werden soll, drohen dem Arbeitgeber dagegen keine unmittelbar nachteiligen Folgen, wenn er das Verfahren unberücksichtigt lässt. Dies lässt vermuten, dass Arbeitgeber in der betrieblichen Praxis immer erst dann ein Präventionsverfahren durchführen werden, wenn es bereits zum Eintritt eines Kündigungsgrundes gekommen ist. Die Chancen der von § 84 SGB IX gerade auch bezweckten frühzeitigen Intervention, die den Eintritt eines Kündigungsgrundes präventiv verhindern soll, drohen daher ungenutzt zu bleiben.

Es ist fraglich, ob die neuen Benachteiligungsverbote des AGG dieses Defizit im noch ungekündigten Arbeitsverhältnis vollständig überwinden können. Zwar begründet die Nichtbeachtung der Pflichten aus §§ 81 Abs. 4, Abs. 5 und 84 SGB IX nach der hier vertretenen Ansicht die Vermutung, dass ein anschließendes, benachteiligendes Verhalten des Arbeitgebers wegen der Behinderung erfolgt ist und somit eine unzulässige Benachteiligung im Sinne des AGG darstellt. Die sich hieran anknüpfenden Rechtsfolgen, wie Nichtigkeit der Maßnahme oder Entschädigungspflicht, setzen aber deren Geltendmachung durch den betroffenen Arbeitnehmer voraus. Um das Verhältnis zum Arbeitgeber nicht unnötig zu belasten, werden aber viele schwerbehinderte Arbeitnehmer im noch ungekündigten Arbeitsverhältnis von ihren Rechten aus dem AGG keinen Gebrauch machen. Zudem setzt das Eingreifen der Sanktionsmechanismen des AGG voraus, dass der schwerbehinderte Arbeitnehmer überhaupt eine unmittelbare oder mittelbare Benachteiligung erfährt. Eine solche kann zum Beispiel in der Ablehnung einer beantragten betrieblichen Weiterbildung oder

in einer unterlassenen Beförderung liegen. Die bloße Außerachtlassung der Vorgaben aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX bzw. aus § 84 SGB IX selbst stellt jedoch, wie herausgearbeitet werden konnte, de lege lata keine Form der unzulässigen Benachteiligung dar, führt also nicht unmittelbar zum Eingreifen der Sanktionsmechanismen des AGG.

Daher wäre es im Ergebnis sinnvoll, die kollektivrechtlichen Durchsetzungsmöglichkeiten im Hinblick auf das Präventionsverfahren in diesem frühen Bereich zu stärken, indem zugunsten der betrieblichen Interessenvertreter in Anlehnung an § 84 Abs. 2 Satz 6 SGB IX ein kollektivrechtlicher, gerichtlich durchsetzbarer Erörterungsanspruch eingeführt wird. In der unmittelbaren Kündigungssituation sollte dieser Erörterungsanspruch zudem dadurch gestärkt werden, dass zugunsten des Betriebsrates und der Schwerbehindertenvertretung in § 84 Abs. 1 SGB IX ein vorbeugender Aussetzungsanspruch nach dem Vorbild des § 95 Abs. 2 Satz 2 SGB IX eingeführt wird, auf dessen Grundlage die betrieblichen Interessenvertreter die Aussetzung der Kündigungsentscheidung bis zur Nachholung des Präventionsverfahrens verlangen können. Ein solcher vorbeugender Unterlassungsanspruch im Sinne des § 95 Abs. 2 Satz 2 SGB IX sollte auch im Rahmen des § 84 Abs. 2 SGB IX eingeführt werden. Anders als bisher könnte dem Arbeitgeber hierdurch die Umsetzung seines Kündigungsentschlusses wegen der Missachtung der Präventionspflichten nicht erst bei einer außerbetrieblichen Prüfung durch Integrationsamt und/oder Arbeitsgericht verwehrt werden, sondern bereits auf der betrieblichen Ebene.

Es soll jedoch im Rahmen dieser Arbeit nicht unberücksichtigt bleiben, dass die so geschaffene *Stärkung* von kollektivrechtlichen Durchsetzungsmöglichkeiten im Hinblick auf das Präventionsverfahrens bzw. BEM auch negative Folgen für die Beschäftigungssituation schwerbehinderter Menschen haben kann. So wird die Gefahr begründet, dass mit der *Stärkung* der Durchsetzungsmöglichkeiten des Betriebsrates und der Schwerbehindertenvertretung im Hinblick auf die Beachtung des § 84 SGB IX auch die Bereitschaft der Arbeitgeberseite sinken kann, arbeitssuchende schwerbehinderte Menschen einzustellen.⁸⁵⁷

⁸⁵⁷ Mit der einstellungshemmenden Wirkung arbeitsrechtlicher Regulierungen des Kündigungsschutzrechts befassen sich auch: *Bachmann*, ZfA 2003, S. 43, (48 ff.), m.w.Nw.; *Janßen*, IW-Trends 2004, S. 16, (16 ff.); *Oymann*, Arbeitsmarktbezogene Auslegung des Kündigungsschutzgesetzes, S. 131 ff.; auch das BAG betont, dass durch die Anwendung des § 84 SGB IX in den ersten sechs Monaten der Beschäftigung die Gefahr eines Einstellungs Hindernisses begründet werde; hieraus

Mit der Einführung zusätzlicher kollektivrechtlicher Durchsetzungsmöglichkeiten im Hinblick auf die Verfahren nach § 84 SGB IX wäre es daher sinnvoll, gleichzeitig auch einen Anreiz für den Arbeitgeber zu schaffen, schwerbehinderte Menschen weiterhin einzustellen. Ein solcher Anreiz kann dadurch begründet werden, dass die Pflicht des Arbeitgebers zur Durchführung eines Präventionsverfahrens bzw. BEM in sinnvollen Bereichen wiederum eingeschränkt wird.

Die Präventionsverpflichtung nach § 84 SGB IX sollte demgemäß in Anlehnung an § 90 Abs. 1 Nr. 1 SGB IX erst nach einem halben Jahr der Beschäftigung bestehen, um dem Arbeitgeber eine Erprobung des schwerbehinderten Arbeitnehmers zu ermöglichen, die im Verhältnis zu nicht behinderten Arbeitnehmern keine zusätzlichen Pflichten mit sich bringt. Vor Ablauf dieser Frist sollte die Durchführung eines Präventionsverfahrens bzw. BEM in das Belieben des Arbeitgebers gestellt werden, wobei ein Anreiz zur Durchführung das Inaussichtstellen von Prämien und Boni sein kann. Insoweit könnte § 84 Abs. 3 SGB IX korrespondierend zur Einschränkung des Anwendungsbereiches dahingehend ergänzt werden, dass eine Förderung des Arbeitgebers durch die Rehabilitationsleistungsträger und die Integrationsämter auch dann möglich ist, wenn der Arbeitgeber sich schon in den ersten sechs Monaten der Beschäftigung bei Auftreten personen- verhaltens- oder betriebsbedingter Schwierigkeiten bzw. bei Auftreten von über sechs Wochen andauernder Arbeitsunfähigkeit zur Durchführung eines Präventionsverfahrens bzw. BEM entschließt. Für diese Einschränkung des Anwendungsbereiches des § 84 SGB IX für die ersten sechs Monate der Beschäftigung spricht die Erwägung, dass die Verfahren nach § 84 SGB IX auf den dauerhaften Erhalt des Arbeitsverhältnisses ausgerichtet sind, in den ersten sechs Monaten der Beschäftigung aber im Regelfall noch nicht sicher ist, ob die Zusammenarbeit tatsächlich fortgesetzt werden soll.

Desweiteren ließe sich ein Anreiz zur Beschäftigung schwerbehinderter Menschen dadurch begründen, dass man die Pflicht zur Durchführung eines Präventionsverfahrens bzw. BEM in den Fällen ausschließt, in denen eine außerordentliche Kündigung beabsichtigt wird, deren Gründe in kei-

folgt das BAG zwar nicht die Unanwendbarkeit des § 84 SGB IX, wohl aber, dass eine Nichtbeachtung der präventiven Verfahren in den ersten sechs Monaten der Beschäftigung keine kündigungrechtlichen Konsequenzen haben darf, vgl. BAG, Urteil vom 28. 6. 2007, NZA 2007, S. 1049, (1054).

nem Zusammenhang mit der Behinderung stehen. Von diesem Ausschluss sollten jedenfalls solche Fallgestaltungen erfasst werden, in denen der Anlass zur Kündigung und der zur Durchführung eines der in § 84 SGB IX normierten Verfahren auf ein und denselben Zeitpunkt fallen. Danach wäre die Durchführung eines Präventionsverfahrens bzw. BEM in der unmittelbaren Kündigungssituation, also nach Eintritt eines Kündigungsgrundes im Sinne des § 626 BGB und vor Ausspruch der Kündigung entbehrlich, wenn der Kündigungsgrund nicht mit der Behinderung in Zusammenhang steht.⁸⁵⁸ Diese Einschränkung des Anwendungsbereichs würde der Zwecksetzung des § 91 Abs. 4 SGB IX entgegen kommen. Dieser verpflichtet das Integrationsamt bei fristlosen Kündigungen, die in keinem Zusammenhang mit der Behinderung des Arbeitnehmers stehen, u. a. deshalb zur Zustimmung, um den *guten Willen* des Arbeitgebers bei der Beschäftigung schwerbehinderter Arbeitnehmer zu erhalten und dessen Gestaltungsfreiheit bei der Beendigung von Arbeitsverhältnissen nicht übermäßig einzuschränken.⁸⁵⁹

Schließlich bietet sich an, dem Arbeitgeber, der im Vorfeld einer Kündigung ein Präventionsverfahren bzw. BEM ordnungsgemäß durchgeführt hat, in dessen Rahmen sich ergeben hat, dass die Kündigung unvermeidbar ist, Vorteile im Rahmen des Zustimmungsverfahrens nach § 85 SGB IX zu verschaffen. Hier sollte eine Regelverpflichtung des bereits im Rahmen der Verfahren nach § 84 SGB IX beteiligten Integrationsamtes eingeführt werden, der Kündigung zuzustimmen, wenn der Kündigung zum Zeitpunkt der Antragsstellung beim Integrationsamt keine neuen Tatsachen zugrunde gelegt werden und zwischen Abschluss des Präventionsverfahrens bzw.

⁸⁵⁸ Bei Kündigungssachverhalten, die sich auf eine langwierige Entwicklung stützen (sog. Dauertatbestände) bestünde jedoch, ungeachtet des hier befürworteten Ausschlusses der Präventionsverpflichtung in der unmittelbaren Kündigungssituation, im Vorfeld sehr wohl eine Interventionspflicht im Sinne des § 84 SGB IX; diese wäre jedoch nach der hier vorgeschlagenen Einschränkung des Anwendungsbereichs in der unmittelbaren Kündigungssituation, also dann, wenn sich die Schwierigkeiten zu einem außerordentlichen Kündigungsgrund entwickelt haben, nicht zu wiederholen, wenn die Schwierigkeiten in keinem Zusammenhang mit der Behinderung stehen.

⁸⁵⁹ Vgl. hierzu schon die Ausführungen unter: Zweiter Teil, C., IV., 3., b., dd.; bei Unsicherheiten, ob ein Zusammenhang zwischen Behinderung und Kündigungsgrund besteht, ist dem Arbeitgeber jedoch anzuraten, die Verfahren nach § 84 SGB IX durchzuführen, um hier nicht das Risiko einzugehen, dass Integrationsamt oder Arbeitsgericht von ihm abweichend das Verfahren für erforderlich halten und der Kündigung deswegen die Wirksamkeit absprechen.

BEM und der Antragsstellung nicht mehr als zwei Wochen vergangen sind.⁸⁶⁰

Eine entsprechende Regelung könnte in Anlehnung an § 91 Abs. 4 SGB IX wie folgt lauten:

„Das Integrationsamt soll die Zustimmung zu einer ordentlichen oder außerordentlichen Kündigung erteilen, wenn es bereits vor Antragsstellung im Rahmen eines Präventionsverfahrens oder BEM ordnungsgemäß beteiligt worden ist und das Präventionsverfahren oder das BEM ergeben haben, dass die Kündigung unvermeidbar ist. Dies gilt nicht, wenn der Kündigung zum Zeitpunkt der Antragsstellung beim Integrationsamt neue Tatsachen zugrunde gelegt werden oder nach Abschluss der Verfahren des § 84 SGB IX und der Antragsstellung beim Integrationsamt mehr als zwei Wochen vergangen sind.“

Eine derartige Regelung im Rahmen des § 85 SGB IX würde für den Arbeitgeber, der zur wirksamen Umsetzung seines Kündigungsentschlusses notwendigerweise dem Zustimmungsvorbehalt des Integrationsamtes nach § 85 SGB IX unterliegt, einen zusätzlichen Anreiz bieten, die Verfahren nach § 84 SGB IX durchzuführen. Die Wahrscheinlichkeit, dass Präventionsverfahren oder BEM unter besonderer Berücksichtigung der Pflichten aus § 81 Abs. 4, Abs. 5 SGB IX auf diese Weise wiederum ihre beabsichtigte kündigungspräventive Wirkung tatsächlich entfalten können, wäre wiederum erhöht.

⁸⁶⁰

Angedacht hat dies offensichtlich auch schon der Gesetzgeber bei der Einführung des § 14c SchwbG, ohne allerdings hieraus gesetzgeberische Konsequenzen zu ziehen, vgl. die Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit Schwerbehinderter vom 16. 5. 2000, BT-DS 14/3372, S. 19.

Literaturverzeichnis

- Adomeit, Klaus/
Mohr, Jochen
KommAGG
Kommentar zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz
Stuttgart, München, Hannover, Berlin, Weimar, Dresden, 2007
Zitiert: Adomeit/Mohr, AGG
- Anzinger, Heribert M.
Anscheinsbeweis und tatsächliche Vermutung im Ertragssteuerrecht
Dissertation, Darmstadt 2005, Baden-Baden 2006
Zitiert: Anzinger
- Arnold, Christian/
Fischinger, Philipp
Kündigungsschutz und § 84 SGB IX –
Der Nebel lichtet sich! BB 2007, S. 1894 – 1898
Zitiert: Arnold/Fischinger, BB 2007, S. 1894
- Ascheid, Reiner
Beweislastfragen im Kündigungsschutzprozess
Forum Arbeits- und Sozialrecht, Band 1, Dissertation, Gießen 1989, Pfaffenweiler 1989
Zitiert: Ascheid, Beweislastfragen
- Ascheid, Reiner/
Preis, Ulrich/
Schmidt, Ingrid
Kündigungsrecht
Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen
3. Auflage, München 2007
Zitiert: Ascheid/Preis/Schmidt/Bearbeiter, KSchR
- Bachmann, Gregor
Schwerbehindertenschutz durch Kündigungsschutz?
ZfA 2003, S. 43 – 74

Zitiert: Bachmann, ZfA 2003, S. 43

Bader, Peter/
Creutzfeldt, Malte/
Friedrich, Hans-Wolf

ArbGG
Kommentar zum Arbeitsgerichtsgesetz
5. Auflage, München, Unterschleißheim,
2008

**Zitiert: Bader/Creutzfeldt/Friedrich/Be-
arbeiter, ArbGG**

Balders, Sven-Frederik/
Lepping, Christine

Das betriebliche Eingliederungsmanage-
ment nach dem SGB IX – Arbeits- und
schwerbehindertenrechtliche Fragen
NZA 2005, S. 854 – 857

Zitiert: Balders/Lepping, NZA 2005, S. 854

Barg, Eric Sebastian

Anmerkung zum Urteil des BAG vom 10. 5.
2005
AP Nr. 8 zu § 81 SGB IX, Blatt 521 – Blatt
1027

**Zitiert: Barg, Anmerkung zum Urteil des
BAG vom 10. 5. 2005, AP Nr. 8 zu
§ 81 SGB IX, Blatt 521**

Bauer, Jobst–Hubertus

Aktuelle Probleme des Personalabbaus im
Rahmen von Betriebsänderungen (Teil I)
DB 1994, S. 217 – 227

Zitiert: Bauer, DB 1994, S. 217

Bauer, Jobst–Hubertus/
Krieger, Steffen

Verkehrte Welt: Gleichmäßige Verteilung
von Kündigungen über alle Altersgruppen als
unzulässige Altersdiskriminierung ?
NZA 2007, S. 674 – 677

Zitiert: Bauer/Krieger, NZA 2007, S. 674

Bauer, Jobst–Hubertus/
Göpfert, Burkard/
Krieger, Steffen

Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
Kommentar, 2. Auflage, München 2008

Zitiert: Bauer/Göpfert/Krieger, AGG

- Bauer, Jobst–Hubertus/
Thüsing, Gregor/
Schunder, Achim
- Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung
europäischer Antidiskriminierungs-
Richtlinien
NZA 2005, S. 32 – 36
**Zitiert: Bauer/Thüsing/Schunder,
NZA 2005, S. 32**
- Dieselben
- Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz
– Alter Wein in neuen Schläuchen?
NZA 2006, S. 774 – 778
**Zitiert: Bauer/Thüsing/Schunder,
NZA 2006, S. 774**
- Baumbach, Adolf/
Lauterbach, Wolfgang/
Albers, Jan/
Hartmann, Peter
- Zivilprozessordnung
Kommentar, Band 1
68. Auflage, München 2010
**Zitiert: Baumbach/Lauterbach/Albers/Hart-
mann, ZPO**
- Bayreuther, Frank
- Kündigungsschutz im Spannungsfeld zwi-
schen Gleichbehandlungsgesetz und europäi-
schem Antidiskriminierungsrecht
DB 2006, S. 1842 – 1847
Zitiert: Bayreuther, DB 2006, S. 1842
- Becker-Schaffner,
Reinhard
- Die Darlegungs- und Beweislast in
Kündigungsrechtsstreitigkeiten
BB 1992, S. 557 – 569
Zitiert: Becker-Schaffner, BB 1992, S. 557
- Belling, Detlev W.
- Die Haftung des Betriebsrats und seiner
Mitglieder für Pflichtverletzungen,
Habilitationsschrift, Münster 1990, Tübingen
1990
Zitiert: Belling, Haftung des Betriebsrats

- Benecke, Martina Altersgruppen und Punktetabellen bei der Sozialauswahl – Neue BAG-Rechtsprechung zu Kündigungsschutz und Europarecht
ArbuR 2009, S. 326 – 331
Zitiert: Benecke, ArbuR 2009, S. 326
- Bengelsdorf, Peter Unzulässigkeit einer Untersagungsverfügung bei Betriebsänderungen (I)
DB 1990, S. 1233 – 1238
Zitiert: Bengelsdorf, DB 1990, S. 1233
- Bensch, Karen Der verfassungsrechtlich geforderte Mindestkündigungsschutz im Arbeitsverhältnis
Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht, Band 234, Dissertation, Jena 2003, Berlin 2005
Zitiert: Bensch, Der verfassungsrechtlich geforderte Mindestkündigungsschutz im Arbeitsverhältnis
- Berkowsky, Wilfried Die personen- und verhaltensbedingte Kündigung
4. Auflage, München 2005
Zitiert: Berkowsky, Die personen- und verhaltensbedingte Kündigung
- Bernardi, Michael Krankheitsbedingte Kündigung – Vermeidbarkeit durch Beschäftigung auf einem anderen Arbeitsplatz
NZA 1999, S. 683 – 686
Zitiert: Bernardi, NZA 1999, S. 683
- Bieback, Karl-Jürgen, Prävention als Prinzip und Anspruch im Sozialrecht, insbesondere in der Gesetzlichen Krankenversicherung
ZfS 2003, S. 403 – 442
Zitiert: Bieback, ZfS 2003, S. 403

- Bielski, Harald/
 Hartmann, Josef/
 Pfarr, Heide/
 Seifert, Hartmut
- Die Beendigung von Arbeitsverhältnissen:
 Wahrnehmung und Wirklichkeit
 AuR 2003, S. 81 – 91
*Zitiert: Bielski/Hartmann/Pfarr/Seifert,
 AuR 2003, S. 81*
- Bihr, Dietrich/
 Fuchs, Harry/
 Krauskopf, Dieter/
 Lewering, Eckhart
- Sozialgesetzbuch – Neuntes Buch-
 (SGB IX) Rehabilitation und Teilhabe
 behinderter Menschen, Kommentar
 Loseblattsammlung, 3. Ergänzungslieferung,
 Stand Mai 2003, München 2003
*Zitiert: Bihr/Fuchs/Krauskopf/Lewering/
 Bearbeiter, SGB IX*
- Bihr, Dietrich/
 Fuchs, Harry/
 Krauskopf, Dieter/
 Ritz, Hans-Günther
- SGB IX- Kommentar und Praxishandbuch
 1. Auflage, Sankt Augustin 2006
*Zitiert: Bihr/Fuchs/Krauskopf/Ritz,
 SGB IX*
- Birk, Rolf
- Umschulung statt Kündigung
 Arbeitsrecht in der Bewährung
 Festschrift für Otto Rudolf Kissel zum 65.
 Geburtstag, S. 51 – 75, München 1994
Zitiert: Birk, FS Kissel, S. 51
- Bogun, Marcel
- Anmerkung zum Urteil des BAG
 vom 7. 12. 2006
 AuR 2007, S. 276 – 278
Zitiert: Bogun, AuR 2007, S. 276
- Bothfeld, Silke/
 Ullmann, Karen
- Kündigungsschutz in der betrieblichen
 Praxis : Nicht Schreckensgespenst, sondern
 Sündenbock
 WSI-Mitteilungen 2004, S. 262 – 270
*Zitiert: Bothfeld/Ullmann, WSI - Mitteilungen
 2004, S. 262*

- Brechmann, Winfried Die richtlinienkonforme Auslegung
Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der EG-
Richtlinie
Münchener Universitätschriften,
Band 99, München 1994
**Zitiert: Brechmann, Die richtlinien-
konforme Auslegung**
- Breschendorf, Peter Freikündigungsobliegenheit zur Durch-
setzung von Sonderkündigungsschutzrechten
BB 2007, S. 661 – 668
Zitiert: Breschendorf, BB 2007, S. 661
- Britschgi, Siggy Betriebliches Eingliederungsmanagement
AiB 2005, S. 284 – 288
Zitiert: Britschgi, AiB 2005, S. 284
- Brose, Wiebke Das betriebliche Eingliederungsmanagement
nach § 84 Abs. 2 SGB IX als eine neue
Wirksamkeitsvoraussetzung für die
krankheitsbedingte Kündigung ?
DB 2005, S. 390 – 394
Zitiert: Brose, DB 2005, S. 390
- Dieselbe Die Auswirkungen des § 84 Abs. 1 SGB IX
auf den Kündigungsschutz bei verhaltensbe-
dingten, betriebsbedingten und personenbe-
dingten Kündigungen
RdA 2006, S. 149 – 156
Zitiert: Brose, RdA 2006, S. 149
- Dieselbe Der präventive Kündigungsschutz bei be-
triebsbedingten Kündigungen
Schriften zum deutschen und europäischen
Arbeits- und Sozialrecht, Band
9, Dissertation, Köln 2006, Frankfurt am
Main 2007

Zitiert: Brose, Präventiver Kündigungsschutz

- Bruns, Patrick
Zum Unterlassungsanspruch des Betriebsrats bei Betriebsänderungen
AuR 2003, S. 15 – 19
Zitiert: Bruns, AuR 2003, S. 15
- Buchner, Herbert
Anmerkung zum Urteil des BAG vom 22. 2. 1983
SAE 1984, S. 187 - 192
Zitiert: Buchner, Anmerkung zum Urteil des BAG vom 22. 2. 1983, SAE 1984, S. 187
- Canaris, Claus-Wilhelm
Die richtlinienkonforme Auslegung und Rechtsfortbildung im System der juristischen Methodenlehre
Festschrift für Franz Bydlinski, S. 47 – 103, Wien, New York 2002
Zitiert: Canaris, FS Bydlinski, S. 47
- Derselbe
Gemeinsamkeiten zwischen verfassungs- und richtlinienkonformer Rechtsfindung
Festschrift für Reiner Schmidt zum 70. Geburtstag, S. 41 – 60, München 2006
Zitiert: Canaris, FS Schmidt, S. 41
- Cramer, Horst H.
Schwerbehinderten-Gesetz
Kommentar
5. Auflage, München 1998
Zitiert: Cramer, SchwbG
- Creifelds, Carl
Rechtswörterbuch
19. Auflage, München 2007
Zitiert: Creifelds, Rechtswörterbuch

- Dau, Dirk H./
Düwell, Franz Josef/
Haines, Hartmut
Rehabilitation und Teilhabe behinderter
Menschen
Lehr- und Praxiskommentar
Stand: 2. Januar 2002, Baden-Baden 2002
**Zitiert: Dau/Düwell/Haines/Bearbeiter,
Sozialgesetzbuch IX**
- Däubler, Wolfgang
Tarifvertragsgesetz
Kommentar
2. Auflage, Baden-Baden 2006
Zitiert: Däubler/Bearbeiter, TVG
- Derselbe
Was bedeutet „Diskriminierung“ nach neuem
Recht
ZfA 2006, S. 479 – 491
Zitiert: Däubler, ZfA 2006, S. 479
- Derselbe
Das Arbeitsrecht 2: Das Arbeitsverhältnis:
Rechte und Pflichten, Kündigungsschutz
Leitfaden für Arbeitnehmer
12. Auflage, Reinbeck 2007
Zitiert: Däubler, Das Arbeitsrecht 2
- Däubler, Wolfgang/
Bertzbach, Martin
Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
Handkommentar
2. Auflage, Baden-Baden 2008
Zitiert: Däubler/Bertzbach/Bearbeiter, AGG
- Däubler, Wolfgang/
Kittner, Michael/
Klebe, Thomas
BetrVG
Betriebsverfassungsgesetz
Kommentar für die Praxis
11. Auflage, Frankfurt am Main 2008
**Zitiert: Däubler/Kittner/Klebe/Bearbeiter,
BetrVG**
- Deinert, Olaf
Die Drückkündigung im Lichte der Diskri-
minierungsverbote
RdA 2007, S. 275 – 283

Zitiert: Deinert, RdA 2007, S. 275

Derleder, Peter

Betriebliche Mitbestimmung ohne vorbeu-
genden Rechtsschutz?
AuR 1983, S. 289 – 304

Zitiert: Derleder, AuR 1983, S. 289

Diering, Björn/
Timme, Hinnerk/
Waschull, Dirk

Sozialgesetzbuch X
Sozialverwaltungsverfahren und
Sozialdatenschutz
Lehr- und Praxiskommentar
2. Auflage, Baden-Baden 2007

**Zitiert: Diering/Timme/Waschull/
Bearbeiter, SGB X**

Dieterich, Thomas/
Müller-Glöße, Rudi

Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht
Kommentar
10. Auflage, München 2010

Zitiert: Erfurter Kommentar/Bearbeiter

Diller, Martin

AGG-Hopping durch Schwerbehinderte
NZA 2007, S. 1321 – 1392

Zitiert: Diller, NZA 2007, S. 1321

Diller, Martin/
Krieger, Steffen/
Arnold, Christian

Kündigungsschutzgesetz plus
Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
NZA 2006, S. 887 – 892

**Zitiert: Diller/Krieger/Arnold, NZA 2006,
S. 887**

Dörner, Hans-Jürgen

Der befristete Arbeitsvertrag
Eine systematische Darstellung des Befris-
tungsrechts, München 2004

**Zitiert: Dörner, Der befristete
Arbeitsvertrag**

- Domröse, Ronny
Krankheitsbedingte Kündigung als Verstoß gegen das Verbot der Diskriminierung wegen einer Behinderung in Beschäftigung und Beruf?
NZA 2006, S. 1320 – 1325
Zitiert: Domröse, NZA 2006, S. 1320
- Dütz, Wilhelm
Erzwingbare Verpflichtungen des Arbeitgebers gegenüber dem Betriebsrat
DB 1984, S. 115 – 128
Zitiert: Dütz, DB 1984, S. 115
- Düwell, Franz Josef/
Hanau, Peter/
Molkenbur, Josef/
Schliemann, Harald
Betriebsvereinbarung
Schriftenreihe Recht und Kommunikation, Band 24, Münster 1995
Zitiert: Düwell/Hanau/Molkenbur/Schliemann/Bearbeiter, Betriebsvereinbarung
- Düwell, Franz Josef/
Lipke, Gert-Albert
ArbGG
Arbeitsgerichtsgesetz
Kommentar für die Praxis
2. Auflage, Frankfurt am Main 2005
Zitiert: Düwell/Lipke/Bearbeiter, ArbGG
- Düwell, Franz Josef
Mehr Rechte für Schwerbehinderte und ihre Vertretungen durch das SchwbBAG
BB 2000, S. 2570 – 2574
Zitiert: Düwell, BB 2000, S. 2570
- Derselbe
Der Kündigungsschutz schwerbehinderter Beschäftigter nach der Novelle vom 23. 4. 2004
BB 2004, S. 2811 – 2814
Zitiert: Düwell, BB 2004, S. 2811

- Derselbe Der besondere Kündigungsschutz für schwerbehinderte Menschen – Rechtsprobleme und Reformvorschläge
Jahrbuch des Arbeitsrechts, Band 43, S. 91 – 106, Berlin 2006
Zitiert: Düwell, Jahrbuch des Arbeitsrechts, Band 43, S. 91
- Derselbe Die Neuregelung des Verbots der Benachteiligung wegen Behinderung im AGG
BB 2006, S. 1741 – 1745
Zitiert: Düwell, BB 2006, S. 1741
- Derselbe Prävention und betriebliches Eingliederungsmanagement – Neue Aufgaben für Arbeitgeber und Arbeitnehmervertretungen
Personalrecht im Wandel, Festschrift für Wolf Dieter Küttner zum 70. Geburtstag, S. 139 – 152, München 2006
Zitiert: Düwell, FS Küttner, S. 139
- Ehricke, Ulrich Die richtlinienkonforme und die gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung nationalen Rechts
RabelsZ 59 (1995), S. 598 – 619
Zitiert: Ehricke, RabelsZ 59, S. 598
- Eichenhofer, Eberhard Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber, Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung
ZTR 1994, S. 103 – 105
Zitiert: Eichenhofer, ZTR 1994, S. 103
- Eickhoff, Birgit Duden, Das Synonymwörterbuch
Band 8, 4. Auflage, Mannheim, Leipzig, Wien, Zürich 2006
Zitiert: Duden – Synonymwörterbuch

- Engels, Gudrun
 Der Anscheinsbeweis der Kausalität
 unter besonderer Berücksichtigung der neueren Rechtsprechung
 Europäische Hochschulschriften, Reihe II
 Band 1563, Dissertation, Passau 1993, Frankfurt am Main 1994
Zitiert: Engels, Der Anscheinsbeweis der Kausalität
- Erman, Walter
 Bürgerliches Gesetzbuch
 Handkommentar
 Band II, 12. Auflage, Köln, 2008
Zitiert: Erman/Bearbeiter, BGB, Band 2
- Ernst, Karl F./
 Adlhoch, Ulrich/
 Seel, Helga
 Sozialgesetzbuch IX
 Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen, Kommentar, Loseblattsammlung
 14. Lieferung, Stand Oktober 2007
Zitiert: Ernst/Adlhoch/Seel, SGB IX, Band 2
- Etzel, Gerhard u.a.
 Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften
 Kommentar; 5. Auflage
 München, Unterschleißheim 1998
Zitiert: KR/Bearbeiter, 5. Auflage
- Diesselben
 9. Auflage, Neuwied 2009
Zitiert: KR/Bearbeiter
- Euler, Anja
 Zulässigkeit der Frage nach einer Schwerbehinderung nach Einführung des Benachteiligungsverbots des § 81 Abs. 2 SGB IX
 Dissertation, Konstanz 2004
Zitiert: Euler, Zulässigkeit der Frage nach einer Schwerbehinderung

- Faber, Ulrich
Die arbeitsschutzrechtlichen Grundpflichten des § 3 ArbSchG
Dissertation 2002/2003, Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht, Band 231, Berlin 2004
Zitiert: Faber, Die arbeitsschutzrechtlichen Grundpflichten
- Derselbe
Erste Rechtsprechung zum BEM
Ein Überblick über Entscheidungen zum betrieblichen Eingliederungsmanagement
AiB 2006, S. 553 – 557
Zitiert: Faber, AiB 2006, S. 553
- Fabricius, Nicolai
Einstellung der Arbeitsleistung bei gefährlichen und normwidrigen Tätigkeiten
Dissertation, Halle-Wittenberg 1996, Heidelberg 1997
Zitiert: Fabricius, Einstellung der Arbeitsleistung
- Derselbe
Die Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Umsetzung des neuen Arbeitsschutzrechts
BB 1997, S. 1254 – 1258
Zitiert: Fabricius, BB 1997, S. 1254
- Fabricius, Fritz/
Kraft, Alfons/
Wiese, Günther/
Kreutz, Peter
Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfassungsgesetz
Band I: §§ 1 – 73 b
9. Auflage, München, Neuwied 2009
Zitiert: GK-BetrVG/Bearbeiter, Band 1
- Dieselben
Band II: §§ 74 – 132
9. Auflage, München, Neuwied 2009
Zitiert: GK-BetrVG/Bearbeiter, Band 2

- Fausser, Florian N./
Nacken, Michael Die Sicherung des Unterrichts- und
Beratungsanspruchs des Betriebsrats aus
§§ 111, 112 BetrVG
NZA 2006, S. 1136 – 1143
Zitiert: Fausser/Nacken, NZA 2006, S. 1136
- Feldes, Werner Mit Vereinbarungen Integration schützen und
fördern
Behindertenrecht 2001, S. 157 – 160
Zitiert: Feldes, br 2001, S. 157
- Derselbe Neues Behindertenrecht und der Wandel
betrieblicher Integrationsarbeit
Behindertenrecht 2002, S. 128 - 130
Zitiert: Feldes, br 2002, S. 128
- Derselbe Handbuch Integrationsvereinbarung
Regelungsmöglichkeiten nach dem SGB IX,
Frankfurt am Main 2003
Zitiert: Feldes, Handbuch IV
- Fitting, Karl Betriebsverfassungsgesetz
Handkommentar
25. Auflage, München 2010
Zitiert: Fitting, BetrVG
- Flume, Werner Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts
Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft
3. Auflage, Berlin, Heidelberg, New York
1979
Zitiert: Flume, BGB AT, Band 2
- Franzen, Martin „Heininger“ und die Folgen: ein Lehrstück
zum Gemeinschaftsprivatrecht
JZ 2003, S. 321 – 332
Zitiert: JZ 2003, S. 321

- Freckmann, Anke Betriebsbedingte Kündigungen und AGG – was ist noch möglich?
BB 2007, S. 1049 – 1053
Zitiert: Freckmann, BB 2007, S. 1049
- Frick, Bernd Betriebliche Schwerbehindertenbeschäftigung und interne Arbeitsmärkte
Theoretische Analysen und empirische Befunde, Dissertation, Trier 1990
Campus Forschung, Band 694
Trierer Schriften zur Sozialpolitik und Sozialverwaltung, Band 8, Frankfurt 1992
Zitiert: Frick, Interne Arbeitsmärkte und betriebliche Schwerbehindertenbeschäftigung
- Gagel, Alexander/
Dalitz, Sabine Regelung des betrieblichen Eingliederungsmanagements durch Integrationsvereinbarung und/oder Betriebsvereinbarung
Behindertenrecht 2006, S. 39 – 41
Zitiert: Gagel/Dalitz, br 2006, S. 39
- Gagel, Alexander/
Schian, Marcus Zur Berechnung der Sechs-Wochen-Frist des § 84 Abs. 2 SGB IX
Behindertenrecht 2006, S. 46 – 48
Zitiert: Gagel/Schian, br 2006, S. 46
- Dieselben Pflichten des Integrationsamtes zur Überprüfung der Wirksamkeit beabsichtigter Kündigungen
Behindertenrecht 2007, S. 121 – 122
Zitiert: Gagel/Schian, br 2007, S. 121
- Gagel, Alexander Rehabilitation im Betrieb unter Berücksichtigung des neuen SGB IX – ihre Bedeutung und das Verhältnis von Arbeitgebern und Sozialleistungsträgern
NZA 2001, S. 988 – 992

Zitiert: Gagel, NZA 2001, S. 988

- Derselbe Betriebliches Eingliederungsmanagement –
Rechtspflicht und Chance
NZA 2004, S. 1359 – 1362
Zitiert: Gagel, NZA 2004, S. 1359
- Derselbe Schwerbehinderung und Nichtbeschäftigung
Anmerkung zum Urteil des LAG Mainz vom
10. 8. 2006
JurisPR-ArbR 20/2007 Anmerkung 3
**Zitiert: Gagel, Anmerkung zum Urteil des
LAG Mainz vom 10. 8. 2006, jurisPR-ArbR
20/2007 Anm. 3**
- Derselbe Geltung des § 84 SGB IX auch für noch nicht
sechs Monate dauernde
Beschäftigungsverhältnisse
Anmerkung zum Urteil des LAG Hamm vom
7. 12. 2006, JurisPR-ArbR 22/2007 Anmer-
kung 3
**Zitiert: Gagel, Anmerkung zum Urteil des
LAG Hamm vom 7. 12. 2006, jurisPR-ArbR
22/2007, Anm. 3**
- Derselbe Kündigung in der Wartezeit auch ohne Prä-
ventionsverfahren
Anmerkung zum Urteil des BAG vom 28. 6.
2007, JurisPR-ArbR 39/2007 Anmerkung 1
**Zitiert: Gagel, Anmerkung zum Urteil des
BAG vom 28. 6. 2007, jurisPR-ArbR
39/2007, Anm. 1**
- Derselbe Das Verhältnis von Zustimmungsverfahren
nach § 85 SGB IX und
Kündigungsschutzverfahren
Festschrift für Peter Schwerdtner zum 65.
Geburtstag, S. 397 – 405,

München, Unterschleißheim 2003
Zitiert: Gagel, FS Schwerdtner, S. 397

Galperin, Hans/
Löwisch, Manfred

Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz
Band I: Organisation der Betriebsverfassung,
§§ 1 – 73 und Wahlordnung, 6. Auflage,
Heidelberg 1982
Zitiert: Galperin/Löwisch, BetrVG, 6. A.

Galperin, Hans

Die Organstellung des Betriebsrates
RdA 1959, S. 321 – 327
Zitiert: Galperin, RdA 1959, S. 321

Gamillscheg, Katharina

Anmerkung zum BAG Urteil vom 27. 1.
1997
SAE 1998, S. 17 – 21
Zitiert: Gamillscheg, SAE 1998, S. 17

Ganz, Wilfried

Nicht gleich das Kind mit dem Bade ausschütten
Überlegungen zur Reform des Kündigungsschutzes für schwerbehinderte Menschen
NZA 2006, S. 24 – 26
Zitiert: Ganz, NZA 2006, S. 24

Gaul, Björn

Die Weiterbeschäftigung nach zumutbaren Umschulungs- und Fortbildungsmaßnahmen
BB 1995, S. 2422 – 2428
Zitiert: Gaul, BB 1995, S. 2422

Gebauer, Martin/
Wiedemann, Thomas

Zivilrecht unter europäischem Einfluss
Die richtlinienkonforme Auslegung des BGB und anderer Gesetze – Erläuterung der wichtigsten EG-Verordnungen
1. Auflage, Düsseldorf, Freiburg 2005

Zitiert: Gebauer/Wiedemann, Zivilrecht unter europäischem Einfluss

- George, Rainer Die Arbeitsmarktsituation von Behinderten in der Bundesrepublik Deutschland Arbeit und Sozialpolitik 1998, S. 52 – 62
Zitiert: George, Arbeit und Sozialpolitik 1998, S. 52
- Germelmann, Claas-Hinrich/ Arbeitsgerichtsgesetz
Matthes, Hans-Christoph/ Kommentar
Prütting, Hanns/ 7. Auflage, München 2009
Müller-Glöge, Rudi
Zitiert: Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöge/Bearbeiter, ArbGG
- Giesen, Richard Verbotene Altersdiskriminierung durch befristete Arbeitsverträge mit Arbeitnehmern ab 52 Jahren
SAE 2006, S. 45 – 53
Zitiert: Giesen, SAE 2006, S. 45
- Goebel, Anne Babette Der betriebsverfassungsrechtliche Durchführungsanspruch gem. § 77 Abs. 1 S. 1 BetrVG
Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht, Band 248, Dissertation, Köln 2004, Berlin 2006
Zitiert: Goebel, Der betriebsverfassungsrechtliche Durchführungsanspruch
- Gröninger, Karl/ Schwerbehindertengesetz
Thomas, Werner Kommentar, Loseblattsammlung
Neuwied 2001
Zitiert: Gröninger/Thomas, SchwbG
- Großmann, Ruprecht/ GK SGB IX, Gemeinschaftskommentar
Schimanski, Werner/ zum Sozialgesetzbuch IX – Rehabilitation
Löschau, Martin und Teilhabe behinderter Menschen

- Kommentar, Loseblattsammlung
Band 1, Stand: 57. Ergänzungslieferung,
Februar 2010
Zitiert: GK-SGB IX/Bearbeiter, Band 1
- Dieselben Band 2, Stand: 57. Ergänzungslieferung,
Februar 2010
Zitiert: GK-SGB IX/Bearbeiter, Band 2
- Dieselben Band 3, Stand: 57. Ergänzungslieferung,
Februar 2010
Zitiert: GK-SGB IX/Bearbeiter, Band 3
- Hailbronner, Kay Hat der EuGH eine Normverwerfungskompe-
tenz?
NZA 2006, S. 811 – 816
Zitiert: Hailbronner, NZA 2006, S. 811
- Hainmüller, Dietmar Der Anscheinsbeweis und die
Fahrlässigkeitstat im heutigen deutschen
Schadensersatzprozeß
Juristische Studien, Band 1, Tübingen 1966
Zitiert: Hainmüller, Der Anscheinsbeweis
- Hamacher, Anno/
Ulrich, Christoph Die Kündigung von Arbeitsverhältnissen
nach Inkrafttreten und Änderung des AGG
NZA 2007, S. 657 – 663
Zitiert: Hamacher/Ulrich, NZA 2007, S. 657
- Hamann, Wolfgang Bewerberauswahl und Arbeitgeberkündigung
im Lichte des Allgemeinen
Gleichbehandlungsgesetzes
JURA 2007, S. 641 – 648
Zitiert: Hamann, JURA 2007, S. 641
- Hanau, Peter Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz
(arbeitsrechtlicher Teil) zwischen Bagatelli-
sierung und Dramatisierung

ZIP 2006, S. 2189 – 2201
Zitiert: Hanau, ZIP 2006, S. 2189

Hanau, Peter/
Preis, Ulrich

Zur mittelbaren Diskriminierung wegen
Geschlechts
ZfA 1988, S. 177 – 207
Zitiert: Hanau/Preis, ZfA 1988, S. 177

Hanau, Peter/
Steinmeyer, Heinz-
Dietrich/Wank, Rolf

Handbuch des europäischen Arbeits-
und Sozialrechts
München 2002
**Zitiert: Hanau/Steinmeyer/Wank/ Bear-
beiter, Handbuch europäisches Arbeits- und
Sozialrecht**

Harmsen, Claus

Arbeitgeberpflichtungen im Schwerbe-
hindertengesetz
Schriften zum Wirtschafts- Arbeits- und
Sozialrecht, Band 15, Dissertation, Berlin
1981, Königsstein 1982
**Zitiert: Harmsen, Arbeitgeberpflichtun-
gen im Schwerbehindertengesetz**

Hauck, Karl/
Noftz, Wolfgang

SGB IX
Rehabilitation und Teilhabe behinderter
Menschen, Kommentar
Loseblattsammlung, Stand: 2009, Berlin
Zitiert: Hauck/Noftz, SGB IX

Heilmann, Joachim/
Hage, Marion

Psychische Belastungen am Arbeitsplatz
– Ursachen, Folgen und Handlungsmöglich-
keiten
Festschrift für Wolfgang Däubler zum 60.
Geburtstag, Frankfurt am Main 1999
Zitiert: Heilmann/Hage, FS Däubler

- Heinze, Meinhard Die betriebsverfassungsrechtlichen Ansprüche des Betriebsrates gegenüber dem Arbeitgeber
DB 1983, Beilage Nr. 9, S. 1 – 23
Zitiert: Heinze, DB 1983, Beilage 9, S. 1
- Derselbe Inhalt und Grenzen betriebsverfassungsrechtlicher Rechte
ZfA 1988, S. 53 – 91
Zitiert: Heinze, ZfA 1988, S. 53
- Herbst, Jens/
Wohlfarth, Hans–Dieter Die Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts im Jahr 1989 zur Kündigung wegen häufiger Krankheit
DB 1990, S. 1816 – 1823
Zitiert: Herbst/Wohlfarth, DB 1990, S. 1816
- Herdegen, Matthias Europarecht
11. Auflage, München 2009
Zitiert: Herdegen, Europarecht
- Herschel, Wilhelm Entwicklungstendenzen des Arbeitsrechts
RdA 1956, S. 161 – 168
Zitiert: Herschel, RdA 1956, S. 161
- Derselbe Gedanken zur Theorie des arbeitsrechtlichen Kündigungsgrundes
Festschrift für Gerhard Müller, S. 191 – 208 ,
Berlin 1981
Zitiert: Herschel, FS Müller, S. 191
- Herrmann, Christoph Richtlinienumsetzung durch die Rechtsprechung
Schriften zum Europäischen Recht, Band 98, Dissertation,
Bayreuth, 2002/2003, Berlin 2003
Zitiert: Herrmann, Richtlinienumsetzung durch die Rechtsprechung

- Hess, Harald/
Schlochauer, Ursula/
Worzalla, Michael/
Glock, Dirk
- Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz
7. Auflage, Köln 2008
Zitiert:
**Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock /Be-
arbeiter, BetrVG**
- Hochleitner, Wolf-Dieter/
Wolf, Manfred/
Großerichter, Helge
- Teleologische Reduktion auf Null?
– Zur Unzulässigkeit einer richtlinien-
konformen „Auslegung“ des § 5 Abs. 2
HwiG in der Folge der „Heininger“-
Entscheidung des EuGH –
WM 2002, S. 529 – 535
**Zitiert: Hochleitner/Wolf/Großerichter, WM
2002, S. 529**
- Högenauer, Nikolaus
- Die europäischen Richtlinien gegen Diskri-
minierung im Arbeitsrecht
Analyse, Umsetzung und Auswirkung der
Richtlinien 2000/43/EG und 2000/78/EG im
deutschen Arbeitsrecht
Schriftenreihe Arbeitsrechtliche Forschungs-
ergebnisse, Band 17, Dissertation, Augsburg
2002, Hamburg 2002
**Zitiert: Högenauer, Die europäischen
Richtlinien gegen Diskriminierung im Ar-
beitsrecht**
- Horcher, Michael
- Vorrang der Änderungskündigung und
betriebliches Eingliederungsmanagement
RdA 2009, S. 31 – 38
Zitiert: Horcher, RdA 2009, S. 31
- Horn, Kristian
- Arbeitsrechtlicher Kündigungsschutz und
Europarecht
Dissertation, Universität Augsburg,
Baden-Baden 2009

Zitiert: Horn, Arbeitsrechtlicher Kündigungsschutz und Europarecht

- Hoyningen-Huene,
Gerrick, von/
Linck, Rüdiger
- Kündigungsschutzgesetz
Kommentar
14. Auflage, München 2007
Zitiert: V. Hoyningen-Huene/Linck, KSchG
- Hoyningen-Huene,
Gerrick, von
- Das Betriebsverhältnis
Eine Skizze zum betriebsverfassungs-
rechtlichen Kooperationsverhältnis
NZA 1989, S. 121 – 160
**Zitiert: V. Hoyningen-Huene, NZA 1989,
S. 121**
- Derselbe
- Die Abmahnung im Arbeitsrecht
RdA 1990, S. 193 – 212
**Zitiert: V. Hoyningen-Huene, RdA 1990, S.
193**
- Derselbe
- Das „Betriebsverhältnis“ als Grundbeziehung
im Betriebsverfassungsrecht
Festschrift für Günther Wiese zum 70.
Geburtstag, S. 175 – 190, Neuwied, Krieffel
1998
**Zitiert: V. Hoyningen-Huene, FS Wiese, S.
175**
- Hromadka, Wolfgang
- Änderung von Arbeitsbedingungen
RdA 1992, S. 234 – 265
Zitiert: Hromadka, RdA 1992, S. 234
- Janssen, Michael
- Das Gebot anderweitiger Beschäftigung im
deutschen und französischen
Kündigungsschutz
Untersuchungen zum Europäischen
Privatrecht, Band 18, Berlin 2003

***Zitiert: Janssen, Das Gebot anderweitiger
Beschäftigung***

- Janßen, Peter
Analyse – Arbeitsrecht und unternehmerische
Einstellungsbereitschaft
IW-Trends, Quartalshefte zur empirischen
Wirtschaftsforschung 2004, S. 16 – 25
Zitiert: Janßen, IW-Trends 2004, S. 16
- Jopen, Christoph
Der besondere Kündigungsschutz für
Schwerbehinderte anhand der Verfahren vor
der Hauptfürsorgestelle Stuttgart: eine
Auseinandersetzung mit den Rechtstatsachen
Dissertation, Konstanz 1986, Konstanz 1988
***Zitiert: Jopen, Der besondere
Kündigungsschutz für Schwerbehinderte***
- Joussen, Jacob
Die Kündigungsfristen bei der
außerordentlichen Kündigung von
Schwerbehinderten
DB 2002, S. 2162 – 2165
Zitiert: Joussen, DB 2002, S. 2162
- Junker, Abbo/
Aldea, Oliver
Augenmaß im Europäischen Arbeitsrecht -
Die Urteile Adeneler und Navas
EuZW 2007, S. 13 – 17
Zitiert: Junker/Aldea, EuZW 2007, S. 13
- Kamanabrou, Sudabeh
Die arbeitsrechtlichen Vorschriften des
Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes
RdA 2006, S. 321 – 384
Zitiert: Kamanabrou, RdA 2006, S. 321
- Dieselbe
Europarechtskonformer Schutz vor
Benachteiligungen bei Kündigungen
RdA 2007, S. 199 – 207
Zitiert: Kamanabrou, RdA 2007, S. 199

- Kayser, Ulrike
Prävention und betriebliches Eingliederungsmanagement beim Zustimmungsverfahren nach §§ 85 ff. SGB IX
Behindertenrecht 2008, S. 65 – 67
Zitiert: Kayser, br 2008, S. 65
- Kempen, Otto Ernst/
Zachert, Ulrich
Tarifvertragsrecht
Kommentar
4. Auflage, Frankfurt am Main 2006
Zitiert: Kempen/Zachert/Bearbeiter, TVG
- Kiel, Heinrich
Die anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit im Kündigungsschutz
Dissertation, Kiel 1990, Frankfurt am Main 1990
Zitiert: Kiel, Die anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit im Kündigungsschutz
- Kittner, Michael/
Däubler, Wolfgang/
Zwanziger, Bertram
Kündigungsschutzrecht
Kommentar,
7. Auflage, Frankfurt am Main 2008
Zitiert: Kittner/Däubler/Zwanziger/Bearbeiter, KSchR
- Kittner, Michael/
Pieper, Ralf
Arbeitsschutzrecht
Kommentar für die Praxis
5. Auflage, Frankfurt am Main 2007
Zitiert: Kittner/Pieper, ArbSchR
- Kock, Martin
Kein Verstoß gegen die EGRL 78/2000 bei Kündigung wegen Krankheit
ZIP 2006, S. 1551 – 1554
Zitiert: Kock, ZIP 2006, S. 1551

- Köstler, Roland Die Sicherung der Betriebsratsrechte gem. § 90 BetrVG durch Verbot der geplanten Maßnahme ist möglich
BB 1982, S. 861
Zitiert: Köstler, BB 1982, S. 861
- Kohl, Wolfgang/
Carius, Sandra Prävention im Spannungsfeld von Eigenverantwortung, Solidarität und Finanzierbarkeit
DRV 2003, S. 30 – 51
Zitiert: Kohl/Carius, DRV 2003, S. 30
- Kohte, Wolfhard Ein Rahmen ohne Regelungsinhalt? Kritische Anmerkung zur Auslegung des § 87 Abs. 1 Ziff. 7 BetrVG
AuR 1984, S. 263 – 275
Zitiert: Kohte, AuR 1984, S. 263
- Derselbe Die Verantwortung für Prävention im Arbeitsleben von Arbeitgebern, Rehabilitationsträgern und Integrationsamt Sozialpolitik In Europa, Band 12
Gesundheitliche Prävention im Sozialrecht, S. 107 – 124, Wiesbaden 2003
Zitiert: Kohte, Gesundheitliche Prävention im Sozialrecht, S. 107
- Derselbe Betriebliches Eingliederungsmanagement und Bestandsschutz
DB 2008, S. 582 – 587
Zitiert: Kohte, DB 2008, S. 582
- Kollmer, Norbert Franz Arbeitsschutzgesetz
Kommentar, München 2005
Zitiert: Kollmer/Bearbeiter, ArbSchG

- Konzen, Horst
Betriebsverfassungsrechtliche
Leistungspflichten des Arbeitgebers
System der Handlungs-, Duldungs- und
Unterlassungsansprüche im BetrVG,
Köln, Berlin, Bonn, München 1984
Zitiert: Konzen, Leistungspflichten
- Korthaus, Hannah
Das neue Antidiskriminierungsrecht –
Die Richtlinien 2000/43/EG und 2000/78/EG
und die Auswirkungen auf das deutsche
Arbeitsrecht
Dissertation, Köln 2005, Aachen 2006
Zitiert: Korthaus
- Kossens, Michael/
Von der Heide, Dirk/
Maaß, Michael
SGB IX – Rehabilitation und Teilhabe
behinderter Menschen mit Behinderten-
gleichstellungsgesetz
Kommentar, 3. Auflage, München 2009
**Zitiert: Kossens/von der
Heide/Maaß/Bearbeiter, SGB IX**
- Kossens, Michael/
Maaß, Michael
Das Gesetz zur Bekämpfung der
Arbeitslosigkeit Schwerbehinderter
NZA 2000, S. 1025 – 1033
Zitiert: Kossens/Maaß, NZA 2000, S. 1025
- Kraif, Ursula
Duden, Das Fremdwörterbuch
Band 5, 9. Auflage
Mannheim, Leipzig, Wien, Zürich 2006
Zitiert: Duden – Fremdwörterbuch
- Kümpel, Winfried
Instanzgerichte kontra BAG zum
Unterlassungsanspruch des Betriebsrates
AuR 1985, S. 78 – 92
Zitiert: Kümpel, AuR 1985, S. 78

- Kuhlmann, Eva-Maria Die Prüfung der offensichtlichen arbeitsrechtlichen Rechtswidrigkeit einer Arbeitgeberkündigung im Kündigungsschutzverfahren beim Integrationsamt
Behindertenrecht 2006, S. 93 – 98
Zitiert: Kuhlmann, br 2006, S. 93
- Lachwitz, Klaus/
Schellhorn, Walter/
Welti, Felix Handkommentar zum Sozialgesetzbuch IX
3. Auflage, München 2010
Zitiert: Lachwitz/Schellhorn/Welti, HK-SGB IX
- Larenz, Karl/
Canaris, Claus-Wilhelm Methodenlehre der Rechtswissenschaft
3. Auflage, Berlin, Heidelberg, New York, 1995
Zitiert: Larenz/Canaris, Methodenlehre
- Larenz, Karl/
Wolf, Manfred Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts
9. Auflage, München 2004
Zitiert: Larenz/Wolf, BGB AT
- Larenz, Karl Lehrbuch des Schuldrechts
Erster Band, Allgemeiner Teil
14. Auflage, München 1987
Zitiert: Larenz, Schuldrecht, Band 1
- Laumen, Hans-W. Die „Beweiserleichterung bis zur Beweislastumkehr“ – Ein beweisrechtliches Phänomen
NJW 2002, S. 3739 – 3746
Zitiert: Laumen, NJW 2002, S. 3739
- Leder, Tobias Das Diskriminierungsverbot wegen einer Behinderung
Berlin 2006

Zitiert: Leder, Das Diskriminierungsverbot wegen einer Behinderung

- Leinemann, Wolfgang Rechte und Pflichten für den Unternehmer bei Betriebsänderungen
ZIP 1989, S. 552 – 558
Zitiert: Leinemann, ZIP 1989, S. 552
- Lepke, Achim Kündigung bei Krankheit
Handbuch für die betriebliche, anwaltliche und gerichtliche Praxis
12. Auflage, Berlin 2006
Zitiert: Lepke, Kündigung bei Krankheit
- Lettl, Tobias Der arbeitsrechtliche Kündigungsschutz nach den zivilrechtlichen Generalklauseln
NZA-RR 2004, S. 57 – 65
Zitiert: Lettl, NZA-RR 2004, S. 57
- Lingemann, Stefan Umorganisation zur Vermeidung einer krankheitsbedingten Kündigung
BB 1998, S. 1106 – 1108
Zitiert: Lingemann, BB 1998, S. 1106
- Lobinger, Thomas Zur Dogmatik des allgemeinen betriebsverfassungsrechtlichen Unterlassungsanspruchs
ZfA 2004, S. 101 – 181
Zitiert: Lobinger, ZfA 2004, S. 101
- Löschau, Martin/
Marschner, Andreas Das neue Rehabilitations- und Schwerbehindertenrecht
Praxishandbuch zum neu eingeführten Neunten Buch Sozialgesetzbuch (SGB IX)
Neuwied, Kriftel, 2001
Zitiert: Löschau/Marschner, Das neue Rehabilitations- und Schwerbehindertenrecht

- Derselbe Über einen vernünftigen Umgang mit dem Unterlassungsanspruch des Betriebsrats
Festschrift für Thomas Dieterich zum 65. Geburtstag, S. 355 – 363, München 1999
Zitiert: Matthes, FS Dieterich, S. 355
- Maunz, Theodor/
Dürig/Günter Grundgesetz
Kommentar, Band III, Art. 17 – 27
Loseblattsammlung, 56. Lieferung,
München, Oktober 2009
Zitiert: Maunz/Dürig/Bearbeiter, GG, Band III, VII
- Meyer, Peter Die Grundsätze der Auslegung im Europäischen Gemeinschaftsrecht
Jura 1994, S. 455 – 458
Zitiert: Meyer, Jura 1994, S. 455
- Mianowicz, Thomas Zur Problematik des Sonderkündigungsschutzes nach den §§ 15 ff. SchwbG 1986
RdA 1998, S. 281 – 296
Zitiert: Mianowicz, RdA 1998, S. 281
- Mohr, Jochen Schutz vor Diskriminierungen im Europäischen Arbeitsrecht
Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht, Band 224, Dissertation, Berlin 2002,
Berlin 2004
Zitiert: Mohr, Schutz vor Diskriminierungen im Arbeitsrecht
- Derselbe Bestätigung der unmittelbaren Drittwirkung eines europarechtlichen Verbots von Altersdiskriminierungen durch das BAG – zur vermeintlichen Unwirksamkeit von § 14 Abs. 3 Satz 1 und 4 TzBfG
SAE 2007, S. 16 – 33

Zitiert: Mohr, SAE 2007, S. 16

- Derselbe Der Diskriminierungsschutz (schwer-) behinderter Arbeitnehmer nach dem AGG und dem SGB IX
Behindertenrecht 2008, S. 34 – 60
Zitiert: Mohr, br 2008, S. 34
- Mrozynski, Peter SGB IX, Teil 1
Regelungen für Behinderte und von Behinderung bedrohte Menschen
Kommentar, München 2002
Zitiert: Mrozynski, SGB IX, Teil 1
- Mühlenbruch, Sonja Betriebliche Gesundheitsförderung und Prävention als Gemeinschaftsaufgabe der betrieblichen Akteure und Sozialleistungsträger
ZfS Sonderheft 2005, S. 87 – 103
Zitiert: Mühlenbruch, ZfS 2005, Sonderbeilage 2005, S. 87
- Müller, Friedrich Juristische Methodik
7. Auflage, Berlin 1997
Zitiert: Müller, Juristische Methodik
- Müller, Stefan Betriebliches Eingliederungsmanagement und Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates
ArbuR 2009, S. 29 – 31
Zitiert: Müller, ArbuR 2009, S. 29
- Münchener Kommentar Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Band 1, 2. Halbband
5. Auflage, München 2007
Zitiert: MünchKomm/Bearbeiter, Band 1, 2. Halbband

- Münchener Kommentar Band 6, Sachenrecht, §§ 854 – 1296
5. Auflage, München 2009
Zitiert: MünchKomm/Bearbeiter, Band 6
- Münchener Kommentar Band 1, §§ 1 – 510 c
zur Zivilprozessordnung 3. Auflage, München 2008
**Zitiert: Münchener Kommentar
ZPO/Bearbeiter**
- Münchener Handbuch Band 1, Individualarbeitsrecht
zum Arbeitsrecht 3. Auflage, München 2009
Zitiert: MüArbR/Bearbeiter, Band 1
- Münchener Handbuch Band 2, Kollektivarbeitsrecht/
zum Arbeitsrecht Sonderformen
3. Auflage, München 2009
Zitiert: MüArbR/Bearbeiter, Band 2
- Musielak, Hans-Joachim Kommentar zur Zivilprozessordnung
7. Auflage, München 2009
Zitiert: Musielak/Bearbeiter, ZPO
- Musielak, Hans-Joachim/
Stadler, Max Grundfragen des Beweisrechts
Schriftenreihe der Juristischen Schulung,
Heft 89, München 1984
**Zitiert: Musielak/Stadler, Grundfragen des
Beweisrechts**
- Namendorf, Annette Betriebliches Eingliederungsmanagement
Natzel, Ivo nach § 84 Abs. 2 SGB IX und seine
arbeitsrechtlichen Implikationen
DB 2005, S. 1794 – 1798
**Zitiert: Namendorf/Natzel, DB 2005,
S. 1794**
- Nebendahl, Mathias Die Überwachungspflicht des Betriebsrats
aus § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG
Dissertation, Kiel 1989

Schriften zum Wirtschafts-, Arbeits- und Sozialrecht, Band 42

**Zitiert: Nebendahl, Die Überwachungs-
pflicht des Betriebsrates**

Neumann, Volker

Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen, Handbuch SGB IX

1. Auflage, Baden-Baden 2004

Zitiert: Neumann, Handbuch SGB IX

Neumann, Dirk/
Pahlen, Ronald/
Majerski-Pahlen Monika,

Sozialgesetzbuch IX – Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen

Kommentar

12. Auflage, München 2010

**Zitiert: Neumann/Pahlen/Majerski-
Pahlen/Bearbeiter, SGB IX**

Niemann, Frank

Die Kodifizierung des Behinderten- und Rehabilitationsrechts im SGB IX – Recht der Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen

NZS 2001, S. 583 – 587

Zitiert: Niemann, NZS 2001, S. 583

Nollert-Borasio, Christiane/
Perreng, Martina

Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz

Basiskommentar zu den arbeitsrechtlichen Regelungen

2. Auflage, Frankfurt 2008

Zitiert: Nollert-Borasio/Perreng, AGG

Oetker, Hartmut

Arbeitsrechtlicher Bestandsschutz und Grundrechtsordnung

RdA 1997, S. 9 – 21

Zitiert: Oetker, RdA 1997, S. 9

Derselbe

Gibt es einen Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes?

AuR 1997, S. 41 – 54

Zitiert: Oetker, AuR 1997, S. 41

Olderog, Hans-Hermann

Probleme des einstweiligen Rechtsschutzes
im Bereich der sozialen Mitbestimmung
NZA 1985, S. 753 – 792

Zitiert: Olderog, NZA 1985, S. 753

Ottmann, Christian

Das betriebsverfassungsrechtliche Rechts-
verhältnis zwischen Arbeitgeber und
Betriebsrat

Dissertation, Tübingen 1993,

**Zitiert: Ottmann, Das betriebsverfassungs-
rechtliche Rechtsverhältnis**

Oyen, Renate

Mitteilungen aus der Arbeitsmarkt- und Be-
rufsforschung

22. Jahrgang, 1989, Sonderdruck 4, Berufs-
bildung, Arbeitsmarktchancen und betriebli-
che Integration Behinderter

**Zitiert: Oyen, Mitteilungen aus der Ar-
beitsmarkt- und Berufsforschung, 4/1989**

Oymann, Hans-Wilhelm

Arbeitsmarktbezogene Auslegung des
Kündigungsschutzgesetzes

Dissertation, Münster 2004

1. Auflage, Baden-Baden 2005

**Zitiert: Oymann, Arbeitsmarktbezogene
Auslegung des Kündigungsschutz-gesetzes**

Palandt

Bürgerliches Gesetzbuch

Kommentar, 69. Auflage, München 2010

Zitiert: Palandt/Bearbeiter

Papier, Hans-Jürgen

Der verfassungsrechtliche Rahmen für Pri-
vatautonomie im Arbeitsrecht

RdA 1989, S. 137 – 144

Zitiert: Papier, RdA 1989, S. 137

- Pawlowski, Hans-Martin Methodenlehre für Juristen
Theorie der Norm und des Gesetzes
3. Auflage, Heidelberg 1999
Zitiert: Pawlowski, Methodenlehre
- Perreng, Martina /
Nollert-Borasio, Christiane Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz
AiB 2006, S. 459 – 466
Zitiert: Perreng/Nollert-Borasio, AiB 2006, S. 459
- Pfarr, Heide/
Bothfeld, Silke/
Kaiser, Lutz/
Kimmich, Martin/
Peuker, Andreas/
Ullmann, Karen REGAM-Studie: Hat das Kündigungsschutzgesetz präventive Wirkungen
BB 2004, S. 325 – 329
Zitiert: Pfarr/Bothfeld/Kaiser/Kimmich/Peuker/Ullmann, BB 2004, S. 325
- Pfarr, Heide/
Ullmann, Karen/
Bradtke, Marcus/
Schneider, Julia/
Kimmich, Martin/
Bothfeld, Silke Der Kündigungsschutz zwischen Wahrnehmung und Wirklichkeit
Betriebliche Erfahrungen mit der Beendigung von Arbeitsverhältnissen
1. Auflage, München, Mering 2005
Zitiert: Pfarr/Ullmann/Bradtke/Schneider/Kimmich/Bothfeld Der Kündigungsschutz zwischen Wahrnehmung und Wirklichkeit
- Pflüger, Norbert Die Kündigung wegen betrieblich verursachter Erkrankung
DB 1995, S. 1761 – 1767
Zitiert: Pflüger, DB 1995, S. 1761
- Pohl, Hans-Jürgen Unterlassungsansprüche des Betriebsrates
Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im Deutschen Anwaltverein
Festschrift zum 25-jährigen Bestehen, S. 987 – 999, Bonn 2006
Zitiert: Pohl, FS Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht, S. 987

- Powietzka, Arnim Aktuelle Rechtsprechung zum
Kündigungsschutz schwerbehinderter Arbeit-
nehmer
BB 2007, S. 2118 – 2125
Zitiert: Powietzka, BB 2007, S. 2118
- Preis, Ulrich/
Greiner, Stefan Anmerkung zum Urteil des BAG
vom 12. 4. 2004
SAE 2004, S. 12 – 19
**Zitiert: Preis/Greiner, Anmerkung zum
Urteil des BAG vom 12. 4. 2004, SAE 2004,
S. 12**
- Preis, Ulrich Prinzipien des Kündigungsrechts bei Ar-
beitsverhältnissen
München 1987
**Zitiert: Preis, Prinzipien des Kündigungs-
rechts**
- Derselbe Der Kündigungsschutz außerhalb des Kündi-
gungsschutzgesetzes
NZA 1997, S. 1256 – 1270
Zitiert: Preis, NZA 1997, S. 1256
- Derselbe Die Verantwortung des Arbeitgebers und der
Vorrang betrieblicher Maßnahmen vor
Entlassungen (§ 2 I Nr. 2 SGB III)
NZA 1998, S. 449 – 504
Zitiert: Preis, NZA 1998, S. 449
- Derselbe Verbot der Altersdiskriminierung als
Gemeinschaftsgrundrecht
NZA 2006, S. 401 – 456
Zitiert: Preis, NZA 2006, S. 401
- Prütting, Hanns Gegenwartsprobleme der Beweislast
Schriften des Instituts für Arbeits- und Wirt-
schaftsrecht der Universität zu Köln, Band

Zitiert: Raab, ZfA 1997, S. 183

Reichenbach, Peter
§ 2 Abs. 1 SGB IX – Ein Beitrag zur Umsetzung des Diskriminierungsverbotes aus Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG ?
SGB 2002, S. 485 – 492
Zitiert: Reichenbach, SGB 2002, S. 485

Richardi, Reinhard
Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung
Kommentar, 12. Auflage, München 2010
Zitiert: Richardi/Bearbeiter, BetrVG

Derselbe
Anmerkung zum Beschluss des BAG vom 14. November 1974
AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972, Bl. 424 – 427
Zitiert: Richardi, Anmerkung zum Beschluss des BAG vom 14. 11. 1974

Derselbe
Anmerkung zum Beschluss des BAG vom 3. Mai 1994
AP Nr. 23 zu § 23 BetrVG 1972, Bl. 744 – Bl. 746
Zitiert: Richardi, Anmerkung zum Beschluss des BAG vom 3. 5. 1994

Derselbe
Kehrtwende des BAG zum betriebsverfassungsrechtlichen Unterlassungsanspruch des Betriebsrats
NZA 1995, S. 8 – 12
Zitiert: Richardi, NZA 1995, S. 8

Derselbe
Der Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch in der Dogmatik des Betriebsverfassungsrechts
Festschrift für Otfried Wlotzke, zum 70. Geburtstag, S. 407 – 424, München 1996
Zitiert: Richardi, FS Wlotzke, S. 407

- Riesenhuber, Karl
Europäische Methodenlehre
Grundfragen der Methoden des Europäischen
Privatrechts
Schriften zum Europäischen und Internationa-
len Privat-, Bank- und Wirtschaftsrecht,
EIW Band 2, Berlin 2006
**Zitiert: Riesenhuber/Bearbeiter, Europäische
Methodenlehre**
- Rommé, Oliver
Der Anscheinsbeweis im Gefüge von
Beweiswürdigung, Beweismaß und
Beweislast
Prozessrechtliche Abhandlungen, Heft 71,
Köln, Berlin, Bonn, München 1989
Zitiert: Rommé, Der Anscheinsbeweis
- Rosenberg, Leo
Die Beweislast
5. Auflage, München 1965
Zitiert: Rosenberg, Die Beweislast
- Rosenbrock, Rolf
Prävention und Gesundheitsförderung als
Komponenten der Gesundheitssicherung
ZfS 2003, S. 342 – 354
Zitiert: Rosenbrock, ZfS 2003, S. 342
- Rüthers, Bernd
Rechtstheorie
Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts
München 1999
Zitiert: Rüthers, Rechtstheorie
- Rust, Ursula/
Falke, Josef
AGG
Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz mit
weiterführenden Vorschriften
Kommentar, Berlin 2007
Zitiert: Rust/Falke/Bearbeiter, AGG
- Sachs, Michael
Grundgesetz
Kommentar, 5. Auflage, München 2009

Zitiert: Sachs/Bearbeiter, GG

- Sagan, Adam Die Sanktion diskriminierender Kündigungen nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz
NZA 2006, S. 1257 – 1260
Zitiert: Sagan, NZA 2006, S. 1257
- Schaub, Günter Arbeitsrechts-Handbuch
13. Auflage, München 2009
Zitiert: Schaub/Bearbeiter, Arbeitsrechts-Handbuch
- Schiefer, Bernd Betriebsbedingte Kündigung: „Antidiskriminierungskündigungsschutz“, Namensliste, Punkteschema und Altersgruppenbildung
DB 2009, S. 733 – 737
Zitiert: Schiefer, DB 2009, S. 733
- Schiek, Dagmar Gleichbehandlungsrichtlinien der EU – Umsetzung im deutschen Arbeitsrecht
NZA 2004, S. 873 – 944
Zitiert: Schiek, NZA 2004, S. 873
- Dieselbe Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG)
Ein Kommentar aus europäischer Perspektive, 2007
Zitiert: Schiek/Bearbeiter, AGG
- Schimanski, Werner Prävention bei Gefährdung eines Arbeitsplatzes – § 84 SGB IX
Behindertenrecht 2002, S. 121 – 128
Zitiert: Schimanski, br 2002, S. 121
- Schlachter, Monika Das Arbeitsrecht im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz
ZESAR 2006, S. 391 – 399
Zitiert: Schlachter, ZESAR 2006, S. 391

- Schlewing, Anja Das betriebliche Eingliederungsmanagement nach § 84 Abs. 2 SGB IX – Keine Wirksamkeitsvoraussetzung für die Kündigung wegen Krankheit
ZfA 2005, S. 485 – 503
Zitiert: Schlewing, ZfA 2005, S. 485
- Schneider, Egon Beweis und Beweiswürdigung
5. Auflage, München 1994
Zitiert: Schneider, Beweis und Beweiswürdigung
- Schneider-Sievers, Astrid Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben für ein Verbot der Diskriminierung behinderter Menschen in Beschäftigung und Beruf
Arbeitsrecht im sozialen Dialog
Festschrift für Hellmut Wissmann zum 65. Geburtstag, S. 588 – 618, München 2005
Zitiert: Schneider-Sievers, FS Wissmann, S. 588
- Schnorbus, York Die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung im nationalen Privatrecht
AcP 201 (2001), S. 860 – 901
Zitiert: Schnorbus, AcP 201, S. 860
- Schramm, Florian/
Schlese, Michael The role of dismissal protection in personnel management from the point of view of personnel managers
Management Revue 2007, S. 322 – 349
Zitiert: Schramm/Schlese, Management Revue 2007, S. 322
- Schulin, Bertram Handbuch des Sozialversicherungsrechts
Band 1, Krankenversicherungsrecht,
München 1994
Zitiert: Schulin/Bearbeiter, Handbuch Sozialversicherungsrecht, Band 1

- Derselbe Handbuch des Sozialversicherungsrechts
Band 3, Rentenversicherungsrecht, München 1999
Zitiert: Schulin/Bearbeiter, Handbuch Sozialversicherungsrecht, Band 3
- Seel, Helga Integrationsvereinbarungen – Ein neues Instrument zur Planung und Steuerung der beruflichen Integration von Menschen mit Behinderungen
Behindertenrecht 2001, S. 61 – 65
Zitiert: Seel, br 2001, S. 61
- Dieselbe Betriebliches Eingliederungsmanagement – Gesundheitsförderung als Unternehmensstrategie
Behindertenrecht 2006, S. 30 – 36
Zitiert: Seel, br 2006, S. 30
- Seel, Henning–Alexander Rechtsfragen bei Kündigung schwerbehinderter Arbeitnehmer
MDR 2007, S. 499 – 504
Zitiert: Seel, MDR 2007, S. 499
- Seewald, Otfried Prävention im Sozialrecht
Festschrift 50 Jahre Bundessozialgericht
S. 289 – 315, Köln 2004
Zitiert: Seewald, Prävention im Sozialrecht, S. 289
- Seggern, Burkhard, von Gesetz zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit Schwerbehinderter
AiB 2000, S. 717 – 727
Zitiert: v. Seggern, AiB 2000, S. 717
- Seidel, Rainer Der Kündigungsschutz nach dem Schwerbehindertengesetz
DB 1996, S. 1409 – 1416

Zitiert: Seidel, DB 1996, S. 1409

- Derselbe Der Kündigungsschutz nach dem Schwerbehindertengesetz
MDR 1997, S. 804 – 809
Zitiert: Seidel, MDR 1997, S. 804
- Derselbe Grundsätze der begleitenden Hilfe im Arbeitsleben nach dem SGB IX
Behindertenrecht 2002, S. 34 – 39
Zitiert: Seidel, br 2002, S. 34
- Derselbe Sicherung von Arbeitsverhältnissen bei körperbehinderten Menschen durch die Arbeit der Ingenieur–Fachdienste der Integrationsämter
Behindertenrecht 2002, S. 50 – 56
Zitiert: Seidel, br 2002, S. 50
- Derselbe Hilfen zur Teilnahme an Maßnahmen zur Erhaltung und Erweiterung beruflicher Kenntnisse und Fertigkeiten
Behindertenrecht 2002, S. 67 – 73
Zitiert: Seidel, br 2002, S. 67
- Seiter, Hugo Dauerrechtsbeziehungen zwischen Tarifvertragsparteien
Zur Lehre vom gesetzlichen Schuldverhältnis im kollektiven Arbeitsrecht
ZfA 1989, S. 283 – 306
Zitiert: Seiter, ZfA 1989, S. 283
- Söllner, Alfred Ohne Arbeit kein Lohn
AcP 167, 1967, S. 132 – 147
Zitiert: Söllner, AcP 167, 1967, S. 132
- Sorge, Siegfried Die Haftung des Betriebsrates für unerlaubte Handlungen

- AuR 1953, S. 272 – 274
Zitiert: *Sorge, AuR 1953, S. 272*
- Stahlhacke, Eugen/
Preis, Ulrich/
Vossen, Reinhard
Kündigung und Kündigungsschutz im
Arbeitsverhältnis
9. Auflage, München 2005
Zitiert: *Stahlhacke/Preis/Vossen/Bearbeiter*
- Staudinger, J. von
Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen
Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse,
Einleitung zu §§ 241 ff., §§ 241 – 243, Berlin
2004
Zitiert: *Staudinger/Bearbeiter, BGB*
- Derselbe
Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse,
§§ 611 – 619,
Berlin 1993
Zitiert: *Staudinger/Bearbeiter, BGB*
- Stück, Volker
Empfehlendes ärztliches Attest und
Kündigung aus Fürsorge
MDR 2000, S. 376 – 380
Zitiert: *Stück, MDR 2000, S. 376*
- Derselbe
Leidens-/behinderungsgerechte
Beschäftigung im Spiegel aktueller
Rechtssprechung
Behindertenrecht 2007, S. 89 – 98
Zitiert: *Stück, br 2007, S. 89*
- Thüsing, Gregor
Der Fortschritt des Diskriminierungsschutzes
im Europäischen Arbeitsrecht
ZfA 2001, S. 397 – 415
Zitiert: *Thüsing, ZfA 2001, S. 397*
- Derselbe
Richtlinienkonforme Auslegung und
unmittelbare Geltung von EG-Richtlinien im
Anti-Diskriminierungsrecht

- NJW 2003, S. 3441 – 3445
Zitiert: Thüsing, NJW 2003, S 3441
- Derselbe
 Europarechtlicher
 Gleichbehandlungsgrundsatz als Bindung des
 Arbeitgebers ?
 ZIP 2005, S. 2149 – 2151
Zitiert: Thüsing, ZIP 2005, S. 2149
- Derselbe
 Europarechtswidrigkeit des § 2 Abs. 4 AGG
 – Altersgruppenbildung
 BB 2007, S. 1506 – 1508
Zitiert: Thüsing, BB 2007, S. 1506
- Derselbe
 Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz
 Das neue Allgemeine Gleichbehandlungs-
 gesetz und andere arbeitsrechtliche
 Benachteiligungsverbote, München 2007
**Zitiert: Thüsing, Arbeitsrechtlicher
 Diskriminierungsschutz**
- Tilch, Horst/
 Arloth, Frank
 Deutsches Rechts-Lexikon
 Band 2, 3. Auflage, München 2001
**Zitiert: Tilch, Deutsches Rechts-Lexikon,
 Band 2**
- Trittin, Wolfgang
 Der Unterlassungsanspruch des Betriebsrats
 zur Sicherung seiner Mitwirkungsrechte gem.
 §§ 90, 111, 112 BetrVG
 DB 1983, S. 230 – 232
Zitiert: Trittin, DB 1983, S. 230
- Derselbe
 Betriebsräte ohne vorbeugenden Rechts-
 schutz?
 BB 1984, S. 1169 – 1174
Zitiert: Trittin, BB 1984, S. 1169

- Wagner, Gerhard Prävention und Verhaltenssteuerung durch
Privatrecht – Anmaßung oder legitime
Aufgabe?
AcP 2006, 206, Band, S. 352 – 476
Zitiert: Wagner, AcP 206, S. 352
- Wank, Rolf Rechtsfortbildung im Kündigungsschutzrecht
RdA 1987, S. 129 – 160
Zitiert: Wank, RdA 1987, S. 129
- Derselbe Die Auslegung von Gesetzen
3. Auflage, Köln, Berlin, München 2005
Zitiert: Wank, Die Auslegung von Gesetzen
- Welti, Felix/
Laskowski, Silke Ruth Die Integrationsvereinbarung nach § 83 SGB
IX:Modell für die Umsetzung “positiver
Maßnahmen” nach Maßgabe der
Europäischen Gleichbehandlungsrichtlinien?
ZESAR 2003, S. 215 – 222
**Zitiert: Welti/Laskowski, ZESAR 2003, S.
215**
- Welti, Felix Das neue SGB IX – Recht der Rehabilitation
und Teilhabe behinderter Menschen
NJW 2001, S. 2210 – 2215
Zitiert: Welti, NJW 2001, S. 2210
- Derselbe Das neue Recht der Teilhabe und
Rehabilitation (SGB IX)
Chance und Verpflichtung
SozSich 2001, S. 146 – 150
Zitiert: Welti, SozSich 2001, S. 146
- Derselbe Behinderung und Rehabilitation im sozialen
Rechtsstaat
Habilitation für Öffentliches Recht
einschließlich Europarecht, Sozial- und
Gesundheitsrecht 2004/2005

- JUS PUBLICUM, Beiträge zum Öffentlichen
Recht, Band 139, Tübingen 2005
**Zitiert: Welti, Behinderung und
Rehabilitation im sozialen Rechtsstaat**
- Derselbe Das betriebliche Eingliederungsmanagement
nach § 84 Abs. 2 SGB IX – sozial- und
arbeitsrechtliche Aspekte
NZZ 2006, S.623 – 630
Zitiert: Welti, NZZ 2006, S. 623
- Derselbe Europäische Gleichbehandlungsrichtlinien
und deutsches Sozial- und
Schwerbehindertenrecht
Behindertenrecht 2007, S. 57 – 61
Zitiert: Welti, br 2007, S. 57
- Wenderoth, Marco Der allgemeine Unterlassungsanspruch des
Betriebsrats
Dissertation, Bochum 2006, Aachen 2006
**Zitiert: Wenderoth, Der allgemeine
Unterlassungsanspruch**
- Weyand, Joachim/
Schubert, Jens Das neue Schwerbehindertenrecht
Schriftenreihe Recht und Praxis,
Baden-Baden 2001
Zitiert: Weyand/Schubert, SchwerbehR
- Wiedemann, Herbert Die Gleichbehandlungsgebote im Arbeits-
recht, Tübingen 2001
**Zitiert: Wiedemann, Gleichbehandlungs-
gebote im Arbeitsrecht**
- Willemsen, Heinz-Josef Schutz der Beschäftigten im Allgemeinen
Schweibert, Ulrike Gleichbehandlungsgesetz
NJW 2006, S. 2583 – 2588
**Zitiert: Willemsen/Schweibert, NJW 2006,
S. 2583**

- Windel, Peter A. Der Beweis diskriminierender
Benachteiligungen
RdA 2007, S. 1 – 64
Zitiert: Windel, RdA 2007, S. 1
- Wisskirchen, Gerlind Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz
Monographie
3. Auflage, Frechen 2007
**Zitiert: Wisskirchen, Das Allgemeine
Gleichbehandlungsgesetz**
- Dieselbe Der Umgang mit dem Allgemeinen
Gleichbehandlungsgesetz – Ein „Kochrezept“
für Arbeitgeber
DB 2006, S. 1491 – 1499
Zitiert: Wisskirchen, DB 2006, S. 1491
- Wlotzke, Otfried Das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1
Nr. 7 Betriebsverfassungsgesetz und das
erneuerte Arbeitsschutzrecht
Arbeitsrecht im sozialen Dialog
Festschrift für Hellmut Wissmann zum 65.
Geburtstag, S. 426 – 439, München 2005
Zitiert: Wlotzke, FS Wissmann, S. 426
- Worseck, Thomas Handlungsmöglichkeiten für die
Schwerbehindertenvertretung/den Betriebsrat
bei der Durchsetzung des Abschlusses einer
Integrationsvereinbarung
Behindertenrecht 2003, S. 136 – 141
Zitiert: Worseck, br 2003, S. 136
- Wortmann, Florian Krankheitsbedingte Kündigung und betriebliches
Eingliederungsmanagement
ArbRB 2009, S. 16 – 19
Zitiert: Wortmann, ArbRB 2009, S. 16

- Wulffen, Matthias von SGB X, Sozialverwaltungsverfahren und Sozialdatenschutz
Kommentar
6. Auflage, München 2008
Zitiert: Von Wulffen/Bearbeiter, SGB X
- Zellner, Gerhard Die Schwerbehindertenvertretung
Aufgaben und Rechte
Behindertenrecht 1997, S. 29 – 34
Zitiert: Zellner, br 1997, S. 29
- Zipprich, Jana Prävention arbeitsbedingter Erkrankungen durch manuelles Handhaben von Lasten
Arbeits- und Sozialrecht, Band 91
Dissertation, Halle 2004, Baden-Baden 2006
Zitiert: Zipprich, Prävention arbeitsbedingter Erkrankungen
- Zorn, Gerhard Betriebliches Eingliederungsmanagement – Rechtsfragen zur praktischen Umsetzung im Betrieb
Behindertenrecht 2006, S. 42 – 46
Zitiert: Zorn, br 2006, S. 42

Der Schutz schwerbehinderter Arbeitnehmer vor dem Verlust des Arbeitsplatzes durch Prävention

Caroline Kleinertz

Durch die in § 81 und § 84 SGB IX geregelten Pflichten bei der Beschäftigung schwerbehinderter Arbeitnehmer sollen Kündigungen vermieden werden. Die vorliegende Arbeit untersucht die Effektivität dieser Vorschriften und geht der Frage nach, ob und inwieweit die besonderen Beschäftigungspflichten, insbesondere Präventionsverfahren und Betriebliches Eingliederungsmanagement den Ausspruch von Kündigungen verhindern und damit schwerbehinderte Arbeitnehmer vor dem Verlust des Arbeitsplatzes schützen können. Neben der Darstellung von Inhalt und Anwendungsbereich der §§ 81, 84 SGB IX setzt sich die Arbeit mit den Durchsetzungsmöglichkeiten von Arbeitnehmern und betrieblichen Interessenvertretungen auseinander. Zudem werden die Auswirkungen auf die Wirksamkeit von Kündigungen sowie im Kündigungsschutz- und Zustimmungsverfahren nach § 85 SGB IX bei Nichtbeachtung der Vorschriften untersucht. Abschließend erfolgt ein Vorschlag zur Optimierung der §§ 81, 84 SGB IX, der berücksichtigt, dass eine Überregulierung auch negative Auswirkungen auf die Einstellungsentscheidung von Arbeitgebern haben kann.

ISBN 978-3-8405-0048-0 EUR 23,50

0 2 3 5 0



9 783840 500480